Die tatsächliche Gewalt beim Besitz.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Hohen Juristischen Fakultät der Königlichen Universität Marburg

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

vorgelegt von

Hermann Ganz.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1914.

Referent: Professor Dr. F. Leonhard.

Meinem Onkel
dem Rechtsanwalt beim Reichsgericht
Justizrat Professor Dr. GANZ.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41556025_0042

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1.	I. Einleitung. Die Aufgabe	1
	II. Vom früheren Recht.	
§ 2.	A. Das römische Recht. Die verschiedenen Ansichten	3
§ 3.	1. Savigny	3
§ 4.	2. Jhering	7
	3. Die wichtigsten Modifikationen der Lehre Savignys.	
§ 5.	a) Randa	12
§ 6.	b) Windscheid	15
§ 7.	c) Goldschmidt	16
	4. Die wichtigsten Modifikationen der Lehre Jherings.	
§ 8.	a) Strohal	20
§ 9.	b) Pininski	24
§ 10.	5. Bekker	25
§ 11.	B. Kurzer Überblick über das deutsche Recht	26
§ 12.	C. Das frühere preußische Recht	28
	III. Das heutige Recht.	
§ 13.	A. Allgemeine Vorbemerkungen	31
§ 14.	B. Der Ausgangspunkt. Kritik der Lehre Goldschmidts	31
§ 15.	C. Kritik der Lehre Savignys und seiner Anhänger	36
§ 16.	D. Kritik der Lehre Jherings und seiner Anhänger	42
§ 17.	E. Eigene Ansicht	50
§ 18.	F. Die Vorschrift des § 854 Abs. 2 BGB.	61
§ 19.	G. Besitzdienerschaft und momentane Detention	64
§ 20.	H. Fälle des Besitzes ohne tatsächliche Gewalt	66

Literaturverzeichnis.

Albrecht, Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts. Königsberg 1828.

Bartels, Ausführungen zur Besitzlehre des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In Gruchots Beiträgen Bd. 42 S. 645 ff.

Bekker, Das Recht des Besitzes bei den Römern. Leipzig 1880.

Bekker, Aphorismen zur Besitzlehre. In Bernhöfts und Binders Beiträgen zur Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1. Heft. S. 15 ff. Leipzig 1902.

Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen. In Jherings Jahrbüchern Bd. 34 S. 1 ff.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, erläutert. 2. Aufl. Berlin 1903.

v. Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter. Tübingen 1910.

Burghoff, Der Besitzwille. Greifswalder Diss. 1900.

Das Bürgerliche Gesetzbuch, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von G. Hoffmann, Erler, Burlage usw., Reichsgerichtsräten. 2. Aufl. 1913.

Cosack, Der Besitz des Erben. Weimar 1877.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1. Abt. 5. Aufl. Jena 1911.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 3. Tübingen 1905.

Denkschrift zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin (Guttentag) 1899.

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. 5. Aufl. Halle 1894.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 3. 3. Aufl. 1904

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Allgem. Teil. 8—10. Aufl. Marburg 1913.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. Bd. 3. 7. Aufl. Berlin 1896.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 8.—10. Aufl. 2. Abdruck. Tübingen 1912.

Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht. Jena 1897.

Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 2: Sachenrecht. Leipzig 1905.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Bd. 1. 2. Abt. Erlangen 1868.

Goldschmidt, Studien zum Besitzrecht. In der Festgabe für Rud. v. Gneist S. 61 ff. Berlin 1888.

Goldschmidt, Die Grundlagen der Besitzlehre. Vermischte Schriften Bd. 1 S. 23 ff. Berlin 1901.

Hancke, Ist der sogen. Safevertrag ein Miets- oder ein Verwahrungsvertrag? In der Deutschen Juristenzeitung 1900 S. 389.

Heinrici, Die Verträge über die Benutzung von Schrankfächern und Stahlkammern. In Gruchots Beiträgen Bd. 44 S. 820 ff.

Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. Bd. 2. Leipzig 1886.
Heymann, Die dingliche Wirkung der handelsrechtlichen Traditionspapiere. In der Festgabe für Felix Dahn Bd. 3 S. 1. Breslau 1905.
Hölder, Zur Besitzliteratur. In der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 29 S. 370 ff.
Huber, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht. Halle 1894.
Jhering, Über den Grund des Besitzschutzes. Jena 1869.
Jhering, Der Besitzwille. Jena 1889.
Jhering, Der Besitz. In Jherings Jahrbüchern Bd. 32.
Kniep, Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches. Jena 1900.
Kipp, Goldschmidts Grundlagen der Besitzlehre. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 52 S. 297.
Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb. Leipzig 1899.
Leonhard, Das römische Recht. In Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft 2. Aufl. S. 75 ff. Berlin 1912.
Leonhard, Erbrecht. 2. Aufl. Berlin 1912.
Meischeider, Besitz und Besitzschutz. Berlin 1876.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich Bd. 3. Berlin 1888.
Oertmann, Goldschmidts Grundlagen der Besitzlehre. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 20 S. 220 ff.
Pininski, Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbes. 2 Bde. Leipzig 1885—1888.
Planck, Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, erläutert. Bd. 3. 3. Aufl. Berlin 1906.
Protokolle der 2. Kommission zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Herausgegeben von Achilles, Gebhard, Spahn. Bd. 3. Berlin 1899.
Randa, Der Besitz nach österreichischem Recht. 4. Aufl. Wien 1895.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Hrsg. von Mugdan und Falkmann.
Rohde, Studien im Besitzrecht. Abschnitt I ff. Düsseldorf 1909 ff.
Rotering, Aus der Lehre vom Besitz. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 27 S. 55 ff.
Savigny, Das Recht des Besitzes. 5. Aufl. Gießen 1827.
Savigny, Das Recht des Besitzes. 7. Aufl. Hrsg. von Rudorff. Wien 1865.
Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3: Sachenrecht, bearbeitet von Kober. 7./8. Aufl. München 1912.
Strohal, Succession in den Besitz. Graz 1885.
Strohal, Der Sachbesitz. In Jherings Jahrbüchern Bd. 38 S. 1 ff.
Wilutzky, Miete mit doppeltem Verschluß? In der Deutschen Juristenzeitung 1900 S. 294 f.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Hrsg. von Kipp. 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.
B. Wolf, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. In Verbindung mit Rosenmeyer, Neukirch, Telgmann herausgegeben. 2. Aufl. Berlin 1913.
M. Wolff, Das Sachenrecht. 4./5. Aufl. Marburg 1910.
M. Wolff, Der Mitbesitz nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. In Jherings Jahrbüchern Bd. 44 S. 143 ff.

Abkürzungen nach den Vorschlägen des Deutschen Juristentages.

I. Einleitung.

§ 1.

Die Aufgabe.

Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, die die Lehre vom Besitz einleiten, lauten:

> § 854. Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben.
>
> Die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zum Erwerbe, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben.
>
> § 855. Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer.
>
> § 856. Der Besitz wird dadurch beendigt, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in anderer Weise verliert.
>
> Durch eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt wird der Besitz nicht beendigt.

In diesen Bestimmungen kehrt der Ausdruck „tatsächliche Gewalt", auch einfach „Gewalt", mehrfach wieder, ohne daß das Gesetz ihn hier oder an anderer Stelle erläuterte. Es hat eine derartige Erläuterung vielmehr für entbehrlich gehalten, offenbar deshalb, weil es annahm, dieser Begriff sei nicht mißzuverstehen, sondern ein elementarer Begriff, sei es der Umgangssprache, sei es des juristischen Denksystems.

Der Zweck der vorliegenden Arbeit ist es, nachzuweisen, daß diese Ansicht des Gesetzgebers unrichtig ist, und die infolgedessen nötige Erläuterung des Ausdrucks zu geben. Es handelt sich hierbei um eine Frage der Gesetzesauslegung, und

es stehen demgemäß drei Hilfsmittel zu Gebote: die Rechtsgeschichte, die Systematik des heutigen Rechts und — zugleich als Probe für die richtige Anwendung der beiden genannten — die praktische Brauchbarkeit des mit ihnen erzielten Resultates.

Daraus ergibt sich von selbst der Plan der Arbeit, die in einen rechtshistorischen und einen dogmatischen Teil zerfällt. Bemerkt sei von vornherein, daß der rechtshistorische Teil nicht das Ergebnis eigener Forschungen bringen will. Da er nur der Auslegung des heutigen Rechts dienen soll, so haben wir uns in ihm mit zweierlei zu beschäftigen: einmal mit der Feststellung, aus welchem Recht unser heutiges Recht sich entwickelt hat, ferner aber mit der Darstellung dieses Ursprungsrechtes, soweit es Bestandteil der Rechtsentwicklung geworden ist.

Was zunächst die Frage angeht, aus welchem Recht sich unser heutiges Besitzrecht entwickelt hat, so ist hervorzuheben, daß es aus einer eigentümlichen Verbindung römischrechtlicher und deutschrechtlicher Gedanken entstanden ist. Und zwar hat sich der Begriff des Besitzes, wie wir ihn heute haben, vornehmlich aus dem Besitzbegriff des römischen Rechts entwickelt, während die Ausgestaltung des Besitzrechtes im einzelnen, insbesondere auch seine Bedeutung für den Fahrnisverkehr und den Prozeß, stark vom germanischen Recht beeinflußt sind. Da diese Arbeit vom Begriff der tatsächlichen Gewalt handelt, so ist natürlich das Hauptaugenmerk auf das römische Recht zu richten, aus dem sich der Begriff des Besitzes entwickelt hat. Nur kurzer Erwähnung wird dagegen das germanische Recht bedürfen, aus dem der heutige Begriff des Besitzes und der tatsächlichen Gewalt, wenn auch nicht sein Wesen, so doch einige Schattierungen entnommen hat. Demzufolge ist mit einer Darstellung der romanistischen Theorien zu beginnen.

II. Vom früheren Recht.

§ 2.

A. Das römische Recht. Die verschiedenen Ansichten.

Ehe wir von der Entwicklung des Begriffs der tatsächlichen Gewalt im römischen Recht sprechen können, ist zu untersuchen, ob dieser Begriff im römischen Recht überhaupt schon vorhanden war. Als Rechtsquelle kommt hier das corpus juris civilis in Betracht. Dieses spricht aus, daß der Besitz „corpore et animo" erworben werde (D. 41, 2, 3, 1; 41, 2, 8; 50, 17, 153). Mochte man im übrigen über die Bedeutung dieser beiden Begriffe streiten, so kann doch das eine als unbestritten gelten, daß corpus eine äußere (körperliche), animus eine innere (seelische) Beziehung der Person zur Sache bedeutet. Zweifellos hat sich ferner der Begriff der tatsächlichen Gewalt wesentlich aus dem des gemeinrechtlichen Besitzcorpus entwickelt.

Es ist deshalb zuerst die Frage zu beantworten, was die romanistische Lehre unter diesem corpus verstanden hat. In dieser Beziehung besteht zwischen den Romanisten keine Einigkeit, sondern es lassen sich deutlich zwei Richtungen unterscheiden, deren Häupter Savigny und Jhering sind. Ihre und ihrer Anhänger Lehre ist im folgenden zu schildern.

§ 3.

1. Savigny.

Die vorsavignysche Lehre hatte angenommen, die Detention werde erlangt durch rein körperliche Ergreifung. Diese Lehre hat Savigny in seinem Buch über „Das Recht des Besitzes"[1] scharf bekämpft. Seine Anschauung hat auf die ganze Entwicklung des Besitzinstituts den größten Einfluß ausgeübt und wirkt noch heute in den Worten des Bürgerlichen Gesetzbuchs nach. Sie wird deshalb hier eingehend betrachtet.

---

[1]) Hier zit. nach der 7. Aufl., herausgegeben von Rudorff, Wien 1865.

Er sieht in der Detention „den Zustand, in welchem nicht nur die eigene Einwirkung auf die Sache physisch möglich, sondern auch jede fremde Einwirkung verhindert werden kann“,[1]) und an einer andern Stelle[2]) bezeichnet er sie als „die Lage, daß der Besitzer, und er allein, nach Willkür die Sache behandeln, d. h. Eigentum ausüben könne“. Danach enthält die Detention zweierlei: einmal die Einwirkungsmöglichkeit des Detentors und sodann die Möglichkeit, andere von der Detention auszuschließen.

Im übrigen läßt sich Savigny über die Detention, soweit darin die Ausschließungsmöglichkeit liegen soll, nicht weiter aus. Er hält diese Ausschließungsmöglichkeit offenbar für ein so selbstverständliches Begriffsmerkmal der Detention, daß er mit der bloßen Erwähnung genug getan zu haben glaubt.

Ausführlicher behandelt er den zweiten Bestandteil der Detention, die Einwirkungsmöglichkeit. Er ist der Ansicht, daß diese nicht während ihrer ganzen Dauer von der gleichen Intensität zu sein brauche. Er unterscheidet vielmehr die Einwirkungsmöglichkeit im Augenblick des Besitzerwerbs und die Einwirkungsmöglichkeit während der weiteren Dauer des Besitzes bis zum Besitzverlust und stellt an die erstere strengere Anforderungen. Hier definiert er nämlich die Einwirkungsmöglichkeit als unmittelbare und gegenwärtige Möglichkeit beliebiger Einwirkung auf die Sache, während die Einwirkungsmöglichkeit bei Fortdauer des Besitzes nur die Möglichkeit sein soll, jene unmittelbare und gegenwärtige Möglichkeit beliebiger Einwirkung jederzeit zu reproduzieren.

A. Für den Besitzerwerb scheidet Savigny zunächst bewegliche und unbewegliche Sachen.

Beim Erwerb des Besitzes an unbeweglichen Sachen werde, meint er, die tatsächliche Gewalt dadurch erlangt, daß der Besitzerwerber im Augenblick des Besitzerwerbes in dem Grundstück anwesend sei oder sich in seiner unmittelbaren Nähe aufhalte, gleichgültig was er dort tue. Seien zugleich zwei oder mehrere anwesend, so könne die tatsächliche Gewalt nur einem zukommen, und zwar habe sie bei Willensübereinstimmung der Anwesenden derjenige, der den Willen des Besitzes habe (so insbesondere, wenn der Besitz von dem alten dem neuen Besitzer übergeben werde); bei nicht übereinstimmendem Willen dagegen der, der sie sich durch Gewalt verschaffe. Darüber, wer Besitzer ist, bis sich dieser Kampf entschieden hat, spricht sich Savigny nicht aus.

[1]) § 1 a. a. O. In den früheren Auflagen war verlangt, daß auch „jede fremde Einwirkung unmöglich sei“.

[2]) § 13 a. a. O.

Die Detention an beweglichen Sachen könne erlangt werden: 1. durch wirkliche körperliche Berührung, z. B. Ergreifen eines Geldstücks,[1]) 2. regelmäßig aber ohne diese körperliche Berührung. Diese zweite Art der Erlangung der tatsächlichen Gewalt sei möglich bei allen Mobilien und die einzig mögliche bei Sachen von großem Umfang und Gewicht. Zu ihr sei notwendig im Regelfall unmittelbare Anwesenheit bei der Sache und die Möglichkeit, die Sache jederzeit zu ergreifen. Daher habe der Jäger keine tatsächliche Gewalt an dem verfolgten Wild, möge er ihm auch noch so nahe sein, bis er es erlegt oder gefangen habe. Die Anwesenheit bei der Sache sei auch notwendig beim Besitzerwerb von Sachen, die in einem verschlossenen Gebäude aufbewahrt würden, so zwar, daß die Schlüssel unmittelbar bei dem Gebäude übergeben werden müßten.

Es gebe aber auch ausnahmsweise eine Erlangung der tatsächlichen Gewalt ohne unmittelbare Anwesenheit. Dann nämlich, wenn die Sache in ein Haus gebracht werde, werde derjenige, der das Haus für sich benutze, Besitzer der Sache. Dies deshalb, weil jeder über sein Haus „sichrere Herrschaft als über alles andere Vermögen“ habe und „durch jene Herrschaft zugleich die custodia aller der Sachen, die in dem Haus enthalten sind“. Das gelte aber nur für das Haus, nicht etwa auch für im Grundstück vergrabene Mobilien, etwa Schätze, für die die allgemeinen Regeln Platz griffen. Aber auch in der Erlangung der tatsächlichen Gewalt durch Einbringen ins Haus, sieht Savigny die Herstellung der Möglichkeit unmittelbarer Einwirkung.

In allen Fällen aber sei weiteres Erfordernis der Erlangung der tatsächlichen Gewalt, daß die Möglichkeit der Einwirkung nicht nur vorhanden sei, sondern auch als solche mit einiger Wahrscheinlichkeit dem, der den Besitz erwerben wolle, zum Bewußtsein kommen könne. Deshalb könne Besitz erworben werden an der in der Wohnung niedergelegten Sache, aber nicht an dem im Grundstück vergrabenen und noch ungehobenen Schatz, an Grundstücken von einem nahen Turm aus, aber nicht an dem unter Umständen viel näheren vom Jäger verfolgten, aber noch nicht erreichten Wild. In all diesen Fällen sei zwar das Dazwischentreten eines Dritten möglich, aber die Wahrscheinlichkeit, daß es geschehe, sei bei ihnen sehr verschieden.

Dementsprechend sei der Besitz eines Gutes, das in beträchtlichem Umfang mehrere Höfe enthalte, nicht schon dadurch

[1]) Dies sei die einzige Möglichkeit des Besitzerwerbs, wenn jemand, der bisher den Besitz für einen andern ausgeübt habe, sich den Besitz nunmehr für sich selbst verschaffen wolle.

erworben, daß jemand das Ganze an einem Ende betrete, weil hier das Bewußtsein der Herrschaft über sämtliche Teile entstehen könne.

Demnach ist die von Savigny aufgestellte Voraussetzung des Besitzerwerbes, die hier mit Einwirkungsmöglichkeit bezeichnet wurde,

> die unmittelbare gegenwärtige Möglichkeit, auf die Sache nach Willkür zu wirken, die von dem, der den Besitz erwerben will, als solche gedacht werden kann.[1])

B. Auch zur Fortdauer des Besitzes sei die tatsächliche Gewalt notwendig, da der Besitzverlust corpore et animo eintrete,[2]) und mithin, bis er eintrete, das Besitzkorpus (und was hier nicht interessiert, auch der animus) vorhanden sein müsse. Jedoch seien an dieses Besitzcorpus hier geringere Anforderungen zu stellen als beim Besitzerwerb. Auch hier müsse zwar wie dort die Möglichkeit gegeben sein, auf die Sache einzuwirken,[3]) aber diese Einwirkungsmöglichkeit brauche hier weder eine unmittelbare noch eine gegenwärtige zu sein. Vielmehr bestehe hier das Besitzcorpus in der Möglichkeit, jene tatsächliche Gewalt, die die Voraussetzung des Besitzerwerbs sei, jederzeit zu reproduzieren. Das gelte in gleichem Maß für bewegliche und unbewegliche Sachen, für letztere allerdings mit einer wichtigen, zugleich zu besprechenden Ausnahme. Das Besitzcorpus bestehe daher, bis die Einwirkung auf die Sache ganz „unmöglich“ geworden sei. Es höre auf zu bestehen z. B. bei Tod, Versklavung des Besitzers, Untergang der Sache, ferner wenn ein anderer sich der Sache bemächtige und wenn der Aufenthaltsort der Sache unzugänglich oder unbekannt werde. Wenn aber der Besitzer eine im Haus befindliche Sache verlege, so daß er sich ihres Aufenthaltsorts momentan erinnere, so dauere der Besitz an, da eine besondere, zum Finden getroffene Anstalt (custodia) das Finden für die Zukunft sichere. Im übrigen bleibe die tatsächliche Gewalt auch über verlorene Sachen erhalten, solange der Gewaltinhaber genau wisse, wo sich die Sache befinde; denn solange könne er sich die Einwirkungsmöglichkeit jederzeit verschaffen.[4])

---

[1]) § 18 a. a. O.

[2]) D. 41, 2 l. 3 § 6; D. 41, 2 l. 44 § 2; D. 50 l. 17 § 153.

[3]) Von der Ausschließungsmöglichkeit spricht Savigny in diesem Zusammenhang nicht.

[4]) Das schließt Savigny aus D. 41, 2, 3, 13, welche Stellen er im Gegensatz zur Florentina und zu Mommsen wie folgt liest: Nerva filius res mobiles..., quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri. Idem (sc. hactenus eas possideri) quatenus si velimus naturalem possessionem nancisci possimus.

Entsprechend diesen Regeln bestehe keine tatsächliche Gewalt an wilden Tieren im Park, an Fischen in einem See, wohl aber an Tieren im Zwinger, Fischen im Fischkasten: In allen diesen Fällen bestehe zwar eine custodia, aber nur in den beiden letzten eine solche, die jederzeit eine wirkliche Ergreifung ermögliche.[1] An zahmen Tieren dauere der Besitz so lange, bis sie nicht wiedergefunden werden könnten, an gezähmten, solange der animus revertendi bei ihnen vorhanden sei.

Wenn ein Besitzer sein Grundstück aus Furcht vor Angriffen freiwillig verlasse, so dauere — wenngleich der Interdiktenschutz nicht mehr Platz greife — der Besitz an, wie denn überhaupt zur Fortdauer des Besitzes nicht die stete körperliche Anwesenheit des Besitzers, sondern nur die Möglichkeit, sich die unmittelbare Einwirkungsmöglichkeit zu verschaffen, nötig ist. Ferner gelte hier noch der Sondersatz, daß gewaltsame Bemächtigung durch einen anderen keinen Besitzverlust herbeiführe, solange der frühere Besitzer von ihr nichts wisse. Bis dahin muß also nach Savignys Ansicht, obwohl er das nicht ausdrücklich ausspricht, die tatsächliche Gewalt dauern.

§ 4.

2. Jhering.

Von einem ganz anderen Gesichtspunkt als Savigny betrachtet Jhering[2] die tatsächliche Beziehung zwischen Mensch und Sache, die die Römer corpus nannten und die hier als tatsächliche Gewalt bezeichnet wird.[3] Er versteht unter Besitz die „Tatsächlichkeit des Eigentums". Damit meint er das Verhältnis von Mensch und Sache, in welchem der sogen. „Besitzer" tatsächlich — also ohne Rücksicht auf seine rechtliche Befugnis — mit einer Sache verfährt, wie es der Eigentümer kraft der ihm von der Rechtsordnung verliehenen subjektiven Rechte tun darf. Dieses Verhältnis, meint Jhering, habe zwei Seiten, eine äußere, das corpus, und eine innere, den animus. Corpus sei „der normale äußere Zustand der Sache, in dem sie ihre ökonomische Bestimmung erfülle, dem Menschen zu dienen",[4] die „normale Form, wie der Eigentümer sein Eigentum ausübe",[5] die „Lage der Sache, die dem Eigentum korre-

[1] D. 41, 1, 3, 2; 41, 1, 5 pr.; 41, 2, 3, §§ 14, 15.
[2] Über den Grund des Besitzschutzes 2. Aufl., Jena 1869.
[3] Die Berechtigung dieser Identifizierung wird unten nachgewiesen werden.
[4] Besitzschutz S. 179.
[5] a. a. O. S. 188.

spondiere und daher den Besitzer als den verkünde, der das Eigentum beanspruche",[1]) die „Sichtbarkeit des Eigentums".[2]) Dieser Zustand könne sich als physische Herrschaft über die Sache darstellen, brauche es aber nicht und habe begrifflich mit der physischen Herrschaft nichts zu tun.

Um diese Theorie zu begründen, bringt Jhering Beweise von zweierlei Art vor: einmal negative — indem er versucht darzutun, daß Savignys Theorie falsch ist — und ferner positive — aus den Quellen, dem Sinn ihrer Bestimmungen und Zweckmäßigkeitserwägungen —. Hier sollen zunächst nur die positiven Beweisgründe genannt werden. Dies deshalb, weil — die Richtigkeit der Argumente Jherings gegen Savigny vorausgesetzt — die Tatsache, daß eine Ansicht unrichtig ist, an sich noch nichts dafür beweist, daß eine bestimmte andere richtig ist. Das von Jhering zu den negativen Beweisgründen verwendete Material wird aber unten (§§ 13 ff.) zur Kritik der verschiedenen Ansichten mit verwertet werden.

I. Den wesentlichen Stützpunkt seiner Theorie sieht Jhering in dem, was seiner Ansicht nach erst dem Besitz zu rechtlichem Interesse verhilft, in dem, was er als den „Grund des Besitzschutzes" ansieht. Er meint nämlich, der Besitzschutz sei eine „notwendige Vervollständigung und Ergänzung des Eigentumsschutzes, eine dem Eigentümer zugedachte Beweiserleichterung, die aber notwendigerweise auch dem Nichteigentümer zugute kommen müssen". Das römischrechtliche Eigentum sei ohne den Besitzschutz nicht denkbar, denn dann müßte der Eigentümer sich bei jeder Besitzstörung, auch z. B. bei Diebstahl, statt auf den Besitz auf sein Eigentum berufen und dieses beweisen, was in der Mehrzahl der Fälle unmöglich sei; infolge der rechtlichen Position, die der Besitz gebe, sei nunmehr nur der Besitz zu beweisen, während es Sache des Gegners sei, die durch den Besitz begründete Eigentumsvermutung zu widerlegen. Wenn diese Auffassung auch nicht direkt in den Quellen ausgesprochen sei, so sei sie doch für jeden Praktiker selbstverständlich und demgemäß auch z. B. im code civil art. 2230 ausgesprochen. Bei dem reinen Besitzprozeß sei nun aber sogar dieser Gegenbeweis (aus dem Eigentum) unzulässig, dies deshalb, weil der Beklagte im Besitzprozeß anders als beim Eigentumsprozeß nie zu fürchten brauche, die Sache an einen tatsächlich Nichtberechtigten herausgegeben zu haben und daher dem wirklich Berechtigten noch zu haften.[3])

[1]) a. a. O. S. 199.
[2]) a. a. O. S. 210.
[3]) vgl. hierzu auch Jhering, Besitzwille S. 430 Anm. 1.

Sei diese Auffassung des Besitzes als Beweiserleichterung richtig, so ergebe sich von selbst, daß der Besitzschutz auch demjenigen Besitzer, der nicht Eigentümer sei, zugute komme; aber dieser Schutz des Nichtberechtigten sei nicht der Zweck des Besitzinstitutes, sondern nur eine notwendige üble Zugabe, durchaus gleichzustellen den Rechtsvorteilen, die der nichtberechtigte Inhaber eines Inhaberpapieres genieße. Jhering meint, nur mit seiner Theorie lasse sich überhaupt der Besitzschutz der Nichtberechtigten erklären. Der Besitzschutz sei der ehrlichen Leute wegen eingeführt, um ihnen eine Beweiserleichterung zu geben; die Hineinziehung der Frage nach dem Recht würde aber gerade diese Erleichterung wieder hinfällig machen, daher müsse auch der Nichtberechtigte an dem Besitzschutz teilnehmen. Diese Regelung sei aber nicht weiter gefährlich, da der Besitz sich erfahrungsgemäß doch nur in Ausnahmefällen in der Hand eines Nichtberechtigten befinde. Ferner werde diese Theorie noch dadurch unterstützt, daß das historische Motiv der Einführung der Interdikte nach den Quellen das Interesse an einer vorläufigen Besitzregulierung beim Eigentumsstreit sei, und daß diese Beziehung der Interdikte zum Eigentumsstreit bis ins neueste römische Recht stets wiederkehre.

Aus alledem ergebe sich, daß der Besitz ein an sich juristisch bedeutungsloses Verhältnis sei, das erst vom Eigentum eine reflektierte juristische Bedeutung erhalte. Daraus sei zu folgern: Es sei unrichtig, vom Begriff des Besitzes auszugehen, die Frage nach seinen Voraussetzungen der Anschauung des tatsächlichen Verhältnisses zu entnehmen, das man im Leben Besitz nenne, und dann zum Besitzschutz als einer Konsequenz des Besitzbegriffes zu gelangen. Vielmehr sei die Lehre von den Voraussetzungen des Besitzes (nicht durch ihn selber gegeben, sondern) ausschließlich bestimmt durch den praktischen Zweck des Besitzschutzes. Wo ein Besitzschutz notwendig sei, da liege der Besitz vor. Nur auf diese Weise sei die völlige Kongruenz von Besitz- und Eigentumsfähigkeit — bei Person und Sache — zu erklären.

Nur von diesem Gesichtspunkt aus dürfe auch die Frage von der Entstehung und Fortdauer des Besitzes (und damit des Besitzkorpus, der tatsächlichen Gewalt) beantwortet werden. So ergebe sich die oben (S. 7) wiedergegebene Definition des Besitzes und der tatsächlichen Gewalt.

II. Dieser Gesichtspunkt sei aber auch praktisch der einzig mögliche. Denn wenn der Besitzer geschützt werden solle, so sei erste Voraussetzung dafür, daß den Dritten, die mit der

Sache in Berührung kämen, dieses Schutzbedürfnis, dieser Schutzwille zum Bewußtsein kommen könne. Der Besitz müsse daher sichtbar werden. Das sei zweifellos der Fall bei körperlicher Ergreifung, ebenso meist[1]) dann, wenn die Sache unter der physischen Herrschaft eines Bestimmten stehe;[2]) in einer ganzen Reihe von Fällen aber bestehe die Sichtbarkeit auch ohne die physische Herrschaft.[3]) In Fällen der letzteren Art sei zwar die Wahrnehmbarkeit keine sinnliche, sie beruhe vielmehr in den unsichtbaren Schranken, die Recht und Moral aufrichteten, aber sie sei deshalb nicht weniger vorhanden, im Gegenteil: sie sei es erst, die auch der physischen Herrschaft ihr Ansehen verleihe.

Komme es aber auf die Wahrnehmbarkeit in diesem Sinn an, so könne es sich nach dem oben Ausgeführten nur um die Wahrnehmbarkeit des Eigentums handeln. Sei die Lage einer Sache eine normale, so müsse jeder Außenstehende, der sie darin finde, sich sagen, daß dieses räumliche Verhältnis nicht auf Zufall, sondern auf Absicht beruhe, und daß sie seinem (des Außenstehenden) Belieben deshalb entrückt sei. Wenn dagegen die Lage der Sache eine abnorme sei, so sehe er oder müsse und daher dürfe er annehmen, das Besitzverhältnis sei gestört.

III. Abgesehen aber davon, daß so Dritte aus der Lage der Sache ersehen könnten, wie sie sich zu ihr zu verhalten hätten, sei es auch für den Besitzer selbst wichtig, zu wissen, ob seine tatsächliche Gewalt und damit sein Besitz, insbesondere auch die mit dem Besitz verbundenen Rechtsvorteile, bestünden oder nicht. Er müsse annehmen können, daß ihn das Recht dann am günstigsten stelle, wenn er die Sache wie ein vernünftiger Eigentümer, d. h. so behandle, wie es ihrer ökonomischen Bestimmung entspreche.

IV. Mit diesen Erwägungen allgemeiner Natur stimmten die Entscheidungen der Quellen überein. Dies sucht Jhering zu beweisen, indem er zunächst die vom Besitzerwerb und dann die vom Besitzverlust handelnden Quellenstellen untersucht.

1. Der einzige gemeinsame Besitzpunkt, unter den sich die vom Besitzerwerb handelnden Quellenstellen[4]) bringen ließen, sei der der Jheringschen Theorie.

---

[1]) Nicht immer, z. B. nicht wenn ein Bienenschwarm in meinen Baum baue und Honig dort absetze, ich denselben aber nicht abhole.

[2]) z. B. ich bringe eine auf der Straße gefundene Sache in mein Haus.

[3]) z. B. bei nicht eingefriedeten Grundstücken, bei Sachen, die in meiner Abwesenheit in meinem Hause seien usw.

[4]) D. 41, 2, 18, 2; 23, 5, 19, 3, 41, 1, 55; 7, 1, 69; 41, 2; 3, 3, 41, 2, 44 pr.; 10, 4, 15; 41, 5, §§ 2, 3; 10, 4, 5, 5.

Wenn die Quellen zum Besitzerwerb an Immobilien die Anwesenheit bei dem Grundstück verlangten, dessen Besitz erworben werden solle, so sei — meint Jhering — zwar zuzugeben, daß dies mit seinem Grundsatz nicht übereinstimme (denn die bloße Anwesenheit mache noch nicht den Eigentümer erkennbar, versetze das Grundstück noch nicht in die normale Eigentumslage; zu dieser gehörten hier vielmehr einzelne periodisch sich wiederholende Handlungen des Besitzers, wie Pflügen, Ernten usw.); aber das habe seinen guten Grund in der Besonderheit gerade dieses Besitzerwerbs. Denn man müsse hier den Besitzerwerb und die daran sich knüpfenden Rechtsfolgen an einen bestimmten Zeitpunkt binden können.[1]) Aber diese Gestaltung des Besitzerwerbs gelte, wie auch Savigny zugebe, nur für den Fall friedlichen Besitzerwerbs. Daraus ergebe sich, daß die Anwesenheit bei dem Grundstück als solche keine elementare Voraussetzung des Besitzerwerbs an Grundstücken, sondern nur eine symbolische Handlung sei, die ihren Sinn erst durch den rechtlichen Gedanken (Einigung über Besitz und Eigentumsübergang) erhalte, den sie ausdrücken solle und die man sich durch jeden anderen symbolischen Akt ersetzt denken könnte. Da es sich aber nur um einen symbolischen Akt handle, so habe ihn — vorausgesetzt, daß eine Traditionsurkunde vorgelegt werde — nicht der zu beweisen, der Besitz erworben zu haben behaupte, sondern der, der den Besitzerwerb bestreite, ein meist nicht zu führender Beweis.[2])

Bei der eigenmächtigen Okkupation von Grundstücken Abwesender trete aber die Richtigkeit seiner Theorie, meint Jhering, wieder hervor. Sie gebe dem Okkupanten den Besitz erst dann, wenn der bisherige Besitzer Kunde erhalten habe und trotzdem keinen Versuch mache, den Besitz zu behaupten. Das sei so zu erklären, daß durch den Zeitablauf das moralische Moment des Besitzes, nämlich die durch die Untätigkeit des bisherigen Besitzers dokumentierte Anerkennung des gegenwärtigen Besitzstandes, wachse.

2. Was den Besitzverlust angehe, so könne er schon infolge einer bestimmt gearteten Nachlässigkeit des Besitzers eintreten, und zwar sei zu unterscheiden zwischen „chronischem“ und „akutem“ Besitzverlust. Letzterer liege vor, wo schon die momentane, ersterer, wo erst die fortgesetzte, anhaltende Nach-

---

[1]) Dies dürfte wohl der Sinn der Darlegungen Besitzschutz S. 200 sein.
[2]) Dies ergebe sich aus D. 45, 1, 30; 3, 28, 8; 27, 7, 4, 3; J. 3, 19, 17; 3, 19, 12; C, 8, 54, 1.

lässigkeit den Besitzverlust herbeiführe. Welche dieser beiden Arten des Besitzverlusts eintrete, richte sich danach, ob sich die Sache in einer solchen kritischen Lage befinde, wo ein Eigentümer, der sich die Sache sichern wolle, sofort die nötigen Schritte zu tun pflege, oder ob die Lage der Sache einen gewissen Aufschub gestatte. Die Differenzierung lasse sich vom Gesichtspunkt der physischen Herrschaft aus nicht verstehen, sondern nur von dem der Tatsächlichkeit des Eigentums. In gewissen Lagen könne man erwarten, daß ein normaler Eigentümer hervortrete, und davon, ob der Besitzer dies tue oder nicht, hänge dann das Bestehenbleiben des Besitzes ab.

In einem späteren Werk, dem „Besitzwillen“,[1] gibt Jhering dieser seiner Lehre scheinbar eine leichte Modifikation. Er läßt dort nämlich die Beziehung zum Eigentum zurücktreten und definiert den Besitz als das „tatsächliche Verhältnis der Person zur Sache, welches durch den Zweck ihrer wirtschaftlichen Verwendung geboten ist“.[2] Die Verschiedenheit dieser Definition gegen die in dem früheren Werk gegebene ist jedoch in Wahrheit nur eine äußerliche; denn der Zweck der wirtschaftlichen Verwendung ist gerade daraus zu schließen, wie ein vernünftiger Eigentümer mit der Sache umzugehen pflegt. Diese Wesensübereinstimmung beider Definitionen hat auch Jhering selbst angenommen, wie daraus hervorgeht, daß er in einem späteren Aufsatz[3] wieder auf die Definitionen zurückgreift, die er in dem Werk über den Besitzschutz gegeben hatte.

§ 5.

3. Die wichtigsten Modifikationen der Lehre Savignys.

a) Randa.

Auch Randa[4] ist wie Savigny der Ansicht, daß das corpus beim Besitz als physische Herrschaft aufzufassen sei. Unter physischer Herrschaft sei aber nicht körperliche Inhabung (unmittelbare physische Gewalt) zu verstehen, auch ihre Sichtbarkeit sei nicht immer erforderlich. Vielmehr sei physische Herrschaft die Möglichkeit faktischer Verfügung, die nach einmal erfolgter Unterwerfung der Sache so weit reiche, als man erfahrungsgemäß unseren Herrschaftswillen gewöhnlich respek-

[1] Jhering, Der Besitzwille, Jena 1889.
[2] Besitzwille S. 478.
[3] Jhering, Der Besitz, in JheringsJ. Bd. 32, z. B. S. 78/79.
[4] Randa, Der Besitz nach österreichischem Recht 4. Aufl. 1895.

tiere, sei es aus Gründen physischer, rechtlicher oder moralischer Art; und zwar müsse es eine Möglichkeit ausschließender Einwirkung in dem Sinne sein, daß ihrer Realisierung aller Wahrscheinlichkeit (Lebenserfahrung) nach keine fremde Übermacht im Weg stehe.

Dieser „natürliche Begriff“[1]) des Besitzes erleide aber einige positiv rechtliche Modifikationen, indem zuweilen Besitz angenommen werde, ohne daß die tatsächlichen Voraussetzungen dafür vorlägen[2]), in anderen Fällen dagegen kein Besitz anerkannt werde trotz Vorliegens seiner tatsächlichen Voraussetzungen. Letzteres geschehe insbesondere von der prinzipiellen Erwägung aus, daß der Besitz infolge seiner Aufnahme in das Recht das Schicksal der Rechte da teilen müsse, wo das Recht gebietend oder verbietend auftrete; Besitz könne da nicht anerkannt und rechtlich geschützt werden, wo das Recht selbst die Möglichkeit des Rechtes verneine. Aus diesen Gründen sei das Besitzrecht praktisch anders geregelt, als sich logisch aus dem angegebenen Herrschaftsbegriff ergebe und zwar tatsächlich — aber durchaus nicht naturnotwendig — im Anschluß an die Gestaltung des Eigentumsrechtes.

I. Dementsprechend vollziehe sich der Besitzerwerb durch Erlangung der physischen Herrschaft. Diese Apprehensionshandlung gestalte sich nach der Verschiedenheit der Gegenstände und Verhältnisse verschieden. Sie stufe sich vom körperlichen Ergreifen und Betreten bis zur bloßen (zu dem Zweck der Aneignung bewerkstelligten) Anwesenheit. Im einzelnen Falle könne die Frage, ob ein bestimmter Akt tatsächlich die Herrschaft über ein Objekt verschaffe, nur nach der Anschauung des Verkehrs beantwortet werden, wie überhaupt bei Tatfragen, bei denen man auf die Lebensauffassung angewiesen sei, eine völlig befriedigende Definition, aus der sich jeder Fall ohne weiteres entscheiden lasse, unmöglich sei. Demgemäß seien Besitzergreifungsakte:

a) bei Mobilien und Immobilien die bloße unmittelbare Anwesenheit (mit dem animus possidendi), wenn der sofortigen physischen Ergreifung nichts im Wege stehe. Der Besitzergreifungswille müsse irgendwie, durch Worte oder Handlungen, ausgedrückt werden. Daher komme es, daß beim Besitzerwerb durch Tradition schwächere

---

[1]) a. a. O. S. 8.

[2]) z. B. Besitz Willensunfähiger, Fortdauer des Besitzes bei Pupillen trotz Aufgabe des Besitzwillens, Besitzerwerb durch Stellvertreter, Besitzfortdauer, obwohl die faktische Herrschaft keine präsente und aktuelle ist.

Anforderungen zu stellen seien. An eine Sukzession in den Besitz dürfe man aber bei der Tradition nicht denken. Dies sei auch der Standpunkt des § 777 des 2. Entw., der mit § 854 Abs. 2 BGB. übereinstimmt.

Der durch die Anwesenheit oder sonstwie begründeten Herrschaft werde oft zur Konstatierung der Identität des Objekts oder der Sichtbarmachung des Besitzerwerbs durch Signieren Ausdruck gegeben. Dieses Signieren könne also Ausdruck des Besitzwillens sein, müsse es aber nicht.

b) Bei beweglichen Sachen sei im allgemeinen Verwahrung notwendig, die die Möglichkeit gewähren müsse, „andere von der willkürlichen Einwirkung auszuschließen". Zuweilen sei sie aber nach der Lebensanschauung nicht erforderlich, z. B. bei zahmen Tieren, bei Säulen, bei Steinblöcken. Demgemäß genügten persönliche Bewachung, Hinterlegung in der Wohnung oder an einem anderen ohne unsere Erlaubnis unzugänglichen Ort, Abladung im Garten (wenn es sich um Sachen handle, die da selbst aufbewahrt zu werden pflegten und bei denen Sicherungsmaßregeln weder notwendig noch üblich seien), Schlüsselübergabe, Heben des Schatzes und ähnliche Akte.

c) Bei unbeweglichen Sachen seien Umzäunung, Bearbeitung usw. notwendig. Die bloße Anwesenheit genüge nur bei Tradition.

Demnach sei Apprehensionsakt jeder Akt, der die Möglichkeit unmittelbarer, unbehinderter Einwirkung auf die Sache gestatte.

II. Fortdauer des Besitzes sei anzunehmen, bis eine Tatsache eintrete, die eines der zum Begriff des Besitzes erforderlichen zwei Momente aufhebe. Insbesondere der Verlust des Besitzcorpus sei bedingt durch den Eintritt des dauernden Verlustes der Möglichkeit, die faktische Gewalt über die Sache auszuüben. Dieser Verlust müsse ein zuständlicher geworden sein. Dauernd sei insbesondere die Verdrängung aus dem faktischen Machtverhältnis durch andere, wenn dieses Machtverhältnis nicht sofort nach der Tat wieder hergestellt werde. Im einzelnen sei auch hier die Lebensauffassung maßgebend. So trete Besitzverlust insbesondere ein: bei Mobilien durch Untergang der Sache und wenn die Sache an einen unbekannten oder unzulänglichen Ort oder in fremden Besitz gerate, bei Immobilien durch Gefangenhaltung und gewaltsame Entsetzung des Besitzers sowie durch heimliche Entsetzung (durch letztere aber nach positivrechtlicher, jedoch unberechtigter Vorschrift

des gemeinen Rechts erst, wenn der Besitzer Kunde davon erlange).

III. Eine Sukzession in den Besitz gebe es nicht.

§ 6.

b) Windscheid.

Eine abschwächende Modifikation der Ansicht Savignys stellt die Ansicht Windscheids[1]) dar. Windscheid leugnet das Bestehen eines wenn auch nur graduellen Unterschiedes zwischen der tatsächlichen Gewalt beim Besitzerwerb und der tatsächlichen Gewalt bei der Fortdauer des Besitzes. Das Erfordernis der Möglichkeit, jede fremde Einwirkung zu verhindern, stellt er nicht auf, sondern er sieht in der tatsächlichen Gewalt nur die „Möglichkeit, nach Belieben auf die Sache einzuwirken". Er verlangt aber dazu, daß entweder die Sache gegenwärtig sei und niemand dem Besitzerwerber an der Möglichkeit, auf die Sache einzuwirken, hindere[2]) oder ein anderes Verhältnis die Möglichkeit beliebiger Einwirkungen sichere, wie z. B. die tatsächliche Gewalt über ein Haus ohne weiteres die tatsächliche Gewalt über die darin befindlichen Sachen sichere. Eine feste Regel, die alle denkbaren Fälle unmittelbar entscheide, lasse sich aber nicht geben; vielmehr müsse ergänzend das richterliche Ermessen eintreten.

Bei bereits bestehendem Besitz werde die tatsächliche Gewalt nicht dadurch verloren, daß das zum Besitzerwerb erforderliche körperliche Verhältnis zur Sache in einem gegebenen Augenblick nicht vorhanden sei, sondern erst dadurch, daß dieses Nichtvorhandensein zu einem festen Zustand werde. Dieser Verlust des Besitzes und damit der tatsächlichen Gewalt trete ein:

1. wenn die Herstellung des körperlichen Verhältnisses unmöglich werde, worauf schon Savigny hingewiesen habe.[3]) Doch müsse diese Unmöglichkeit der Wiederherstellung eine ihrer Natur nach dauernde sein, wie es z. B. der Fall sei bei Verdrängung durch einen anderen, ferner wenn eine Sache ins Wasser falle oder verloren gehe; wenn ein zahmes Tier sich verirre, ein

---

[1]) Lehrb. des Pandektenrechts 9. Aufl., herausgeg. von Kipp § 153.

[2]) Nicht: hindern könne.

[3]) Bei Grundstücken aber nur, wenn die Kenntnis des bisherigen Besitzers hinzukomme.

wildes entlaufe, schließlich wenn ein Grundstück dauernd durch Wasser okkupiert und wenn eine Sache spezifiziert werde. Dagegen sei ihrer Natur nach nicht dauernd z. B. eine Unmöglichkeit, die auf einer momentanen Gedächtnisschwäche oder etwa darauf beruhe, daß ein Grundstück überschwemmt sei.

2. Der Verlust des Besitzes trete aber — und davon erwähne Savigny nichts — ferner ein, wenn der Besitzer aus anderen Gründen, als weil sie unmöglich sei, die Wiederherstellung jenes körperlichen Verhältnisses bleibend unterlasse. In diesem Fall dauere die tatsächliche Gewalt bis zu dem Augenblick, wo der Besitzer anfange, sich zur Sache zu verhalten, wie dies jemand erfahrungsgemäß nicht tue, der die Sache wie eine eigene haben wolle.

Bis zu dem unter 1 u. 2 bezeichneten Zeitpunkt dauere aber nicht etwa nur der Besitz an,[1]) sondern auch die tatsächliche Gewalt. Diese tatsächliche Gewalt sei aber von der zum Besitzerwerb erforderlichen weder dem Wesen noch auch nur (wie Savigny meine) dem Grade nach verschieden; denn ein beliebig reproduzierbares oder sich von selbst reproduzierendes Verhältnis müsse dem gegenwärtigen gleichgestellt werden.

§ 7.

c) Goldschmidt.

Goldschmidt bezeichnet in seinem Handbuch des Handelsrechts[2]) den Besitz im Anschluß an Savigny als ein rein „naturales Verhältnis“. Zum Besitzerwerb sei überall (neben dem Willen, die Sache für sich zu haben) erforderlich, aber auch genügend die gegenwärtige Möglichkeit beliebiger Einwirkung,[3]) aber diese Möglichkeit brauche nicht eine „aktuelle“, sondern nur eine „ideale“ zu sein, d. h. „eine solche, die nach vernünftiger Lebenssitte als eine gegenwärtige betrachtet werde, sollten auch ihrer Realisierung ungewöhnliche, daher nicht vorauszusehende Hindernisse entgegenstehen“.[4]) Den Beweis für die Quellenmäßigkeit seiner Auffassung hat Goldschmidt in diesem Werk im einzelnen nicht versucht. Er schließt aus seiner

[1]) Wie sogar einige Quellenstellen annähmen: D. 41, 2 l. 3 § 11, l. 44 § 2 l. 46; D. 43, 16, l. 25.

[2]) Bd. 1 2. Hälfte, Erlangen 1868.

[3]) a. a. O. S. 638.

[4]) a. a. O. S. 1233.

Definition nur, daß eine symbolische Besitzübertragung unmöglich, weil wider den Besitzbegriff verstoßend, sei.[1])

In den später erschienenen „Studien zum Besitzrecht“[2]) formuliert Goldschmidt seinen Standpunkt schärfer dahin: Der Besitzbegriff sei ein sozialer Gewaltbegriff und dulde keine juristische Analyse, sondern nur eine kasuistische Exemplifikation. Dieser Gewaltbegriff habe im wesentlichen Quelle und Norm weder in juristischer Reflexion und positiv rechtlicher Regelung noch in dem subjektiven Bewußtsein und Willen des einzelnen, sondern in dem freilich wechselnden und unter der Zucht der Moral und der Rechtsordnung stehenden Gemeinbewußtsein. Daher sei Besitz in der Hauptsache allerdings tatsächliche Gewalt, aber nicht die, die der einzelne zu haben wünsche oder glaube, sondern „ein Machtverhältnis, das dem Gemeinbewußtsein als tatsächliche Herrschaft erscheine“.

Die ausführliche Begründung dieser Ansicht hat Goldschmidt in den schon kurz vorher geschriebenen „Grundlagen der Besitzlehre“[3]) gegeben, die aber erst nach seinem Tod herausgegeben worden sind und daher auf die Entwicklung der Besitzlehre des Bürgerlichen Gesetzbuchs keinen Einfluß mehr gehabt haben. Die Begründung ist daher hier nur kurz wiederzugeben, insbesondere da es eine sich wesentlich auf die positiven Sätze der Quellen stützende ist. Goldschmidt führt aus:

Schon in ältester Zeit sei der Besitz eine rechtlich determinierte Beziehung von Person und Sache, ein Rechtsverhältnis; der Aufbau des Privatrechts ohne den Besitzbegriff sei undenkbar. Der ursprüngliche Besitzbegriff sei die naturalis possessio im Sinne eines Tatbestandes, der dem naiven Volksbewußtsein als possessio erschienen sei. Possidere bedeute ursprünglich das unmittelbare sinnliche Haben, den handfesten Besitz, und

---

[1]) Das Signieren habe daher höchstens Beweiswirkung, nicht aber materiellrechtliche Bedeutung. Wenn das positive Recht an die Übergabe der dinglichen Traditionspapiere die Wirkungen der Übergabe der Ware selbst knüpfe — also auch der Rechtsfolgen, die sich sonst an den Besitzerwerb knüpften —, so sei auch das keine symbolische Tradition, sondern der Schiffer, Lagerhalter usw. kustodiere die Ware für den, dem er zur Ablieferung verbunden sei, und das sei der Papierinhaber, der demgemäß, solange er das Papier besitze, durch einen Stellvertreter detiniere und besitze.

[2]) In der Festgabe für Gneist, Berlin 1888, S. 61ff.

[3]) Vermischte Schriften Bd. 1, Berlin 1901, S. 23—349. Vgl. dazu die Besprechung von Kipp in ZHR. Bd. 52 S. 297, dessen ungemein präziser Wiedergabe der Goldschmidtschen Lehre im obigen im wesentlichen gefolgt wird; ferner von Oertmann im ArchBürgR. Bd. 20 S. 220ff.

unzweifelhaft habe auch die juristische Spekulation der Römer in dem handhaften Besitz den Anfang alles Besitzes gesehen; allein daraus dürfe man nicht schließen, daß das historische römische Recht jemals nur den handhaften Besitz als Besitz anerkannt habe. Dem widerspreche der uralte custodia-Begriff, der einen über das handhafte Haben hinausgehenden Besitzbegriff voraussetze, und der Besitz durch die Glieder der Hausgemeinschaft. Die in dem Besitz vorgegangene Entwicklung sei so zu denken: Der Rechtsbegriff des Besitzes sei unverändert geblieben, geändert habe sich die tatsächliche Auffassung des Besitzcorpus. Dieses sei niemals nur handhafte Gewalt gewesen, es habe aber auch niemals aufgehört, tatsächliche Gewalt zu sein, doch der Gewaltbegriff habe sich allmählich sublimiert, idealisiert. Den Wandlungen des Volksbewußtseins folge das lebendige Recht. Mit genialer Sicherheit verstehe die römische Jurisprudenz, intuitiv die derzeitige Anschauung der Gesellschaft zur rechtlichen Geltung zu bringen. Die Weite des Besitzbegriffs habe mit der gesellschaftlichen Entwicklung gleichen Schritt gehalten. Die gesellschaftliche Anschauung aber beruhe auf wirtschaftlichen, ethischen, ja sogar rechtlichen Momenten. Der Besitzbegriff bilde sich auf dem Boden einer gegebenen, sittlichen oder Rechtsordnung. Nicht allein unter der Herrschaft hochentwickelten Staatsschutzes, sondern auch bei lebendig wirksamer Volkssitte — einesteils gegen rechtswidrige Eigenmacht, anderenteils zur eigenmächtigen Durchsetzung bedrohten oder verletzten Rechts — insbesondere bei feiner Empfindung für dasjenige, was man als den Vorzug des Näherseins zur Sache bezeichnen dürfe — könne als tatsächliche Gewalt manches gelten, was einer rohen oder doch gewalttätigeren Zeit kaum als erster Ansatz dazu erscheine. Wo regelmäßig Nachbaren wie Fremde die Macht respektierten, wo das weidende Vieh auch ohne Hüter sicher zu sein pflege, wo Leiher und Mieter anvertrautes Gut treulich bewahrten, wo Sommer- und Winteralpe ohne Wache verlassen würden, wo Opferstock und Briefkasten auf der Straße als ausreichender „Verschluß“ erachtet würden, und in ähnlichen Fällen nähmen Volksbewußtsein und Recht „Besitz“ an, auch wenn äußerlich wahrnehmbare Gewalt nicht vorliege.

Aus diesen Anschauungen, die Goldschmidt aus den Quellen zu belegen versucht, ergebe sich für die Lehre von Besitzerwerb und -verlust folgendes:

I. Beim Besitzerwerb sei der handhafte Besitzerwerb und seine Surrogate zu unterscheiden. Ohne handhafte Ergreifung werde Besitz erworben in dem Augenblick, in dem erfahrungs-

gemäß unter den vorliegenden Umständen die nach der Verkehrssitte zu beurteilende Möglichkeit gegenwärtiger (besser: alsbaldiger) Ergreifung vorhanden sei. Präsenz oder doch Nähe der Sache genüge unter den bezeichneten Voraussetzungen zum normalen traditionsweisen Besitzerwerb von Mobilien und Immobilien. Mittels custodia werde der Besitz nur an beweglichen Sachen — außer an Sklaven — erworben. Custodia bestehe an einer Sache, die man selbst oder durch andere bewache oder die sich doch in einer Lage befinde, welche die Ergreifung in jedem Augenblick gestatte.

Ein wesentlicher Unterschied bestehe zwischen okkupatorischem und traditionsweisem Besitzerwerb. Traditionsweise werde der Besitz eines ganzen Grundstücks erworben durch Betreten auch nur eines Teils, während die Okkupation, wenigstens bei bereits in fremdem Besitz befindlichen Grundstücken, nicht weiter reiche als die handhafte Gewalt, so daß auch bloße Nähe nicht ausreiche. Nur auf dem Wege der Tradition sei auch bei beweglichen Sachen der Besitzerwerb durch bloße Gegenwart oder Nähe möglich. Von besonderer Bedeutung seien drei Fälle des traditionsweisen Besitzerwerbs, die das hochentwickelte Verkehrsrecht ausgebildet habe: durch Schlüsselübergabe, durch Urkundenübergabe, durch constitutum possessorium. In all diesen Fällen werde aber die tatsächliche Gewalt erworben.

II. In der Lehre von Behauptung und Verlust des Besitzes sei zu scheiden zwischen possessio absentis und possessio praesentis. Der Satz: animo retinetur possessio sei der dogmatische Ausdruck für gewisse Fälle der nicht sinnlich wahrnehmbaren Besitzfortdauer. Echte Fälle der durch diesen Satz gedeckten possessio absentis seien nur diejenigen, in denen weder der Besitzer noch eine Mittelsperson für ihn anwesend sei. Daß durch die bloße Tatsache der Abwesenheit des Besitzers der Besitz nicht verloren gehe, stehe fest; der Satz, daß bei heimlicher Okkupation eines Grundstücks eines Abwesenden der Besitz erst verloren werde, wenn der Besitzer von dem Eindringen Kenntnis erhalte und trotzdem sich nicht rühre oder der Versuch der Wiedervertreibung des Eindringlings erfolglos bleibe, sei darauf zurückzuführen, daß nach der Verkehrsanschauung die Gewalt über das Grundstück im Falle alsbaldiger Wiedervertreibung als nicht unterbrochen gelte.

Der Besitz des Anwesenden als unmittelbarer Besitz gehe verloren durch das Erlöschen der tatsächlichen oder rechtlichen Möglichkeit jeder Gewalt (Tod usw.), durch freiwilliges Aufgeben der Gewalt, durch ein Naturereignis, das die Gewalt, und zwar nicht bloß vorübergehend aufhebe, durch Entsetzung und durch

Verlieren. Der Besitz mittelbar besessener Sachen gehe verloren: corpore et animo, durch die vom mittelbaren Besitzer unter Mitwirkung des Detentors bewerkstelligte Tradition an einen Dritten oder durch constitutum possessorium; unter Umständen aber auch nur animo (durch Aufgabe des Besitzwillens) oder nur corpore.

Aus alledem, insbesondere aus den von Goldschmidt sehr genau durchgeprüften Quellenstellen ergebe sich, daß der Besitzbegriff des römischen Rechts — und dasselbe gelte für jedes nur einigermaßen entwickelte Recht — ein elementarer, unmittelbar aus dem Tatbestand des menschlichen Zusammenlebens geschöpfter Begriff, ein gesellschaftlicher (sozialer) Urbegriff sei, den Gewohnheit, Gesetz und Rechtspraxis wohl determinieren und modifizieren könnten, den sie aber nicht geschaffen hätten.

§ 8.

4. Die wichtigsten Modifikationen der Lehre Jherings.

a) Strohal.

Eine Fortbildung der Lehre Jherings, die zugleich aber ganz neue Gesichtspunkte bringt, ist die Theorie Strohals, wie er sie in seiner Schrift „Sukzession in den Besitz“[1]) vertritt. Er lehrt folgendes:

Der Besitztatbestand sei ein „Tatbestand zuständlichen Charakters“, nicht etwa nur eine aus dem Apprehensionsakt sich ergebende Rechtsfolge. Das gehe schon aus den Ausdrücken der Quellen hervor, die von longa oder diutima possessio usw. sprächen. Das, was „Durchhaltendes“ an ihm sei, sei aber nicht die physische Herrschaft.[2]) Falsch sei jedoch die Annahme, daß dieses Durchhaltende vom ersten Augenblick an, d. h. schon im Augenblick des Besitzerwerbs, genau so da sein müsse wie später. Vielmehr sei zu scheiden das corpus beim Besitzerwerb und bei der Besitzfortdauer.

Der Besitzerwerb dürfe nicht in all seinen Formen unter denselben Gesichtspunkten betrachtet werden, vielmehr seien wesentlich voneinander unterschieden der originäre und der derivative Besitzerwerb.

---

[1]) Graz 1885.

[2]) Der hierfür von Strohal versuchte Nachweis wird in § 15 dieser Arbeit verwertet werden.

I. Der originäre Besitzerwerb, d. h. der Besitzerwerb ohne Rücksicht auf den Willen des bisherigen Besitzers, vollziehe sich durch die in faktischer, auf Dauer veranlagter Ausübung des wesentlichen Eigentumsinhalts sich manifestierende Bestätigung des auf Haben und Behalten einer Sache gerichteten Willens. Die faktische, auf Dauer veranlagte Ausübung des wesentlichen Eigentumsinhalts bestehe:

1. bei beweglichen Sachen:
   a) vorzugsweise in der Ortsbestimmung. Denn durch die Art, wie diese erfolge, würden die beweglichen Sachen „tatsächlich in einen bestimmten Wirtschaftskreis einbezogen, den nicht bloß momentanen Zwecken des Apprehendenten oder desjenigen, für den apprehendiert werde, dienstbar gemacht und auch zu künftigem Gebrauch und späterer Verwendung in zweckentsprechender Weise bereitgestellt".
   b) Nicht immer aber vollziehe sich die Apprehension durch loco movere; so z. B., wenn sich die Sache bereits an einem Orte befinde, wo sie in auf Dauer angelegten Gebrauch genommen werden könne,[1]) ferner, wenn schon durch die Lage der Sache allein es begründet erscheine, ihre faktische Zugehörigkeit zu einer bestimmten Person oder ihre bereits vollzogene Einbeziehung in einen bestimmten Wirtschaftskreis anzunehmen.[2])
   c) Ohne jeden äußeren und inneren Akt werde Besitz an Früchten erworben, da hier die Apprehension der Hauptsache auf die Frucht mit zu beziehen sei.
2. Bei unbeweglichen Sachen bestehe die faktische auf Dauer veranlagte Ausübung des wesentlichen Eigentumsinhalts vor allem in auf Dauer veranlagtem faktischen Gebrauch,[3]) ferner in Handlungen, die bezweckten, das Grundstück Dritten gegenüber zu sichern.

II. Für die Fortdauer des Besitzes sei zweierlei maßgebend: Da der Besitz durch auf die Dauer veranlagte Ausübung des Eigentumsinhalts erworben sei, so habe diese Ausübung, eben weil sie auf Dauer veranlagt sei, die naturgemäße Tendenz, sich mit einer gewissen Kontinuität in — kürzeren

---

[1]) z. B. verlassene Markthütten, in die der Apprehendent seine Waren einstelle.

[2]) z. B. wenn jemand versehentlich fremde Sachen in seinen Koffer gepackt habe.

[3]) Insbesondere Bewirtschaftung, Bebauung, Einzug ins Haus.

oder längeren — Zwischenräumen zu wiederholen, so daß sich eine längere Periode des Daseins des Besitztatbestands für die rückschauende Betrachtung ganz unzweifelhaft als ein Zustand fortgesetzter Ausübung des Eigentumsinhalts darstelle. Andererseits komme aber dem (durch die auf Dauer angelegte Ausübung des Eigentumsinhaltes) einmal hergestellten Besitztatbestand eine gewisse Konsistenz zu, die ihn befähige, auch eine zeitweilige Inaktivität des Besitzers zu überdauern und so lange fortzubestehen, bis die Aussicht auf Fortsetzung der begonnenen Eigentumsausübung definitiv abgeschnitten erscheine. Demgemäß könne Besitz verloren gehen nur:

1. durch völligen Wegfall des besitzenden Subjekts;
2. durch rechtsgültige Erklärung des Besitzers (oder seines Vertreters), die Sache aufgeben zu wollen;
3. durch Dejektion, d. h. durch eine Änderung der Sachlage, die durch fremde Handlungen gegen oder ohne den Willen des Besitzers derartig erfolge, daß die Aussicht auf Fortsetzung der begonnenen Eigentumsausübung nicht mehr vorhalten könne;
4. durch Untergang der Sache oder was diesem gleichstehe;
5. durch Ortsveränderung, die die Sache entfremde, ohne Dejektion zu sein;[1])
6. durch Negligenz des Besitzers, wenn sie so weit gehe, daß jeder Dritte den Eindruck gewinnen müsse, der Besitz der Sache sei aufgegeben.

Aus alledem ergebe sich als Antwort auf die Frage: Was ist der Besitzstand? zunächst, daß er ein Tatbestand zuständlichen Charakters sei, daß also bei ihm nicht nur bestimmte Rechtsfolgen an ein Geschehensein (den Besitzerwerb) geknüpft seien, sondern daß er ein Zustand sei, aus dem sich die bestimmten Rechtsfolgen ergäben. Dieser Zustand sei allerdings nicht der der physischen Macht, er sei auch nicht bedingt durch die Fortdauer der Vorgänge, die ihn erzeugt hätten. Er beginne vielmehr mit auf Dauer angelegter Ausübung des Eigentumsinhalts, und sein durchhaltendes Element werde durch das fortdauernde Dasein einer — bei allem Wechsel — mit der Aussicht auf Fortsetzung der begonnenen Ausübung des Eigentumsinhalts vereinbar bleibenden Sachlage gebildet.

Er sei daher verträglich nicht nur mit nachträglich eintretender Willens- und Handlungsunfähigkeit des Besitzers, sondern auch mit dessen (zeitweiliger) Abwesenheit, mit sonstiger, auf subjektiven Momenten beruhender Einwirkungs-

[1]) z. B. Entlaufen wilder Tiere.

behinderung, mit dem Wegfall des Vertreters, dem die Sache anvertraut gewesen sei, mit Unterbrechung des Gebrauchs usw., mit Hindernissen, die sich erfahrungsgemäß zeitweilig der faktischen Disposition über die Sache infolge von deren Beschaffenheit, örtlicher Lage oder von Verkehrsstörungen entgegenstellten;[1]) mit der Versäumung der Diligenz eines ordentlichen Besitzers, mit einer Haltung, die normaler Eigentumsausübung nicht oder nicht ganz entspreche; mit der Tatsache, daß fremde Invasion möglich, ja sogar damit, daß sie — vorübergehend — geschehen sei.

Diesen Ausführungen entsprechend definiert Strohal den Besitztatbestand als

> „einen mit auf Dauer veranlagter Ausübung des Eigentums beginnenden Zustand, dessen durchhaltendes Element durch das fortdauernde Dasein einer bei allem Wechsel mit der Aussicht auf Fortsetzung der begonnenen Ausübung des Eigentumsinhalts vereinbar bleibenden Sachlage gebildet wird".

Diese Definition ist — da das subjektive Moment bei ihr nicht berücksichtigt ist — zugleich als die Definition des Besitzkorpus anzusehen.

III. Von dem so erhaltenen Begriff des Besitzes ausgehend nimmt Strohal weiter an, daß an den Erwerb des Besitzes mit Willen des bisherigen Besitzers geringere Anforderungen zu stellen seien als an den originären Besitzerwerb. Denn bei dem Besitzerwerb mit Willen des bisherigen Besitzers liege eine Sukzession in einen bereits begründeten Besitz vor; daher brauche der Besitzerwerber an sich nicht mehr zu tun als jemand, der einen für sich selbst bereits begründeten Besitz fortsetze. Daß aber beim Besitz eine Sukzession überhaupt möglich sei, ergebe sich aus folgendem:

1. Daß Rechtsfolgen an das Dasein eines faktischen Zustandes geknüpft seien, sei auch sonst nichts Seltenes. So sei z. B. das Eigentum an wilden Tieren an die Fortdauer der custodia geknüpft. Und doch stehe hier die Möglichkeit einer Sukzession in die — durch die Fortdauer des angegebenen Zustandes bedingte — Berechtigung außer Frage.

2. Die Sukzession in mit einem faktischen Zustand verbundene Rechtsfolgen setze voraus, daß der Zustand, selbst abgesehen von der Person, der er von Anfang an zugute gekommen sei, objektive Existenz haben könne und eben dadurch

---

[1]) z. B. bei einer Alpe im Winter.

geeignet werde, für mehrere Personen nacheinander rechtlich wirksam zu sein. Diese Möglichkeit bestehe bei dem Besitz, wenn die oben angegebene Definition richtig sei. Wenn das Recht daher eine Sukzession in den Besitz annehmen wolle, so brauche es nur die infolge der Apprehension eingetretenen und durch die seitdem bestehende Sachlage erhalten gebliebenen Rechtsfolgen von dem bisherigen Besitzer loszulösen und einem anderen Subjekt zuzuwenden.

3. Diese Sukzession in den Besitz werde aber auch von den Verkehrsbedürfnissen gefordert. Denn zuweilen erscheine ein Besitzerwerb erforderlich, ohne daß der ganze zum originären Besitzerwerb nötige Tatbestand verwirklicht werden könne.[1]) In anderen Fällen wieder liege vorläufig für denjenigen, der den Besitz erwerben wolle, kein Grund vor, irgendwie die vom Vormann geschaffene Situation zu ändern.[2])

4. Aber die Sukzession sei nicht nur möglich und verkehrsnotwendig, sondern sie sei auch vom positiven (römischen) Recht anerkannt. Für diese Behauptung tritt Strohal sehr eingehenden Quellenbeweis an.

IV. Im nachrömischen Recht sei die Idee der Sukzession in den Besitz weiterentwickelt und das Institut der symbolischen Tradition ausgebildet worden; diese sei von Bedeutung insbesondere für die handelsrechtliche Lehre von den dinglichen Traditionspapieren. Bis zu dem Gedanken einer Vererbung des Besitzes habe sich das römische und das gemeine Recht nur für den Fall, daß heredes necessarii vorhanden gewesen seien, und für den Fall der Ersitzung durchgerungen.

§ 9.

b) Pininski.

Pininski stellt in seinem Werk „Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbs“ [3]) die im folgenden kurz wiedergegebene Ansicht auf:

Besitz sei das tatsächliche Dienen der Sache einer gewissen Person. Er sei dasjenige dauernde Verhältnis der Person zur Sache, welches das faktische wirtschaftliche Gebrauchen und Früchteziehen voraussetze. Zu dem Dienen sei nicht eine bestimmte physische Annäherung zwischen Subjekt und Objekt

[1]) z. B. an einer Alpe im Winter.

[2]) z. B. bei Besitzerwerb an einem Acker mit noch nicht ausgereiftem Getreide.

[3]) Bd. 1, Leipzig 1885, Bd. 2, Leipzig 1888.

erforderlich, überhaupt seien keine feststehenden äußeren Merkmale dieses Dienens festzustellen. Solche besonderen Erkenntnismittel seien aber auch gar nicht nötig, denn das Dienen sei auf Grund der Wahrnehmung der äußeren Begebenheiten erkennbar. Da es sich hier um Tatsachen handle, die tagtäglich geschähen, so bestehe eine bestimmte Auffassung des Verkehrslebens, welche sich in der Gewohnheit und Sitte offenbare. Diese gebe über die Bedeutung der äußeren Ereignisse einen ziemlich sicheren Aufschluß, so daß es im allgemeinen leicht zu entscheiden sei, ob eine Sache als freie oder als dienende zu betrachten sei und welcher Person sie diene. Die einzelnen Normen des römischen Rechts normierten bestimmter Beginn und Verlust des Besitzes, aber diese Bestimmungen sollten nur die Regel des Lebens und des Verkehrs näher feststellen und enthielten höchstens hier und da eine Modifikation der faktischen Natur des Besitzes.

Da demgemäß der Besitz eine Art Band zwischen Objekt und Subjekt sei, dessen Zweck ein wirtschaftlicher sei und dessen Bestehen und Bedeutung von der Gestaltung der ökonomischen Verhältnisse des Lebens abhänge, so bezeichne man ihn am besten als „wirtschaftliche Verbindung“ der Sache mit der Person.

§ 10.

5. Bekker.

Einer — wenn auch kurzen — Erwähnung bedürfen die Ansichten Bekkers, wie er sie in seinem „Recht des Besitzes bei den Römern“ [1]) niedergelegt hat. Er sucht in diesem Werk der Entwicklung des Besitzrechts in Rom nachzugehen und auf diesem Weg Resultate für das Recht des corpus iuris zu erhalten. Die Ergebnisse seiner Forschungen sind kurz folgende:

Als der Prätor das Interdiktenrecht eingeführt habe, sei das possidere zunächst etwas durchaus Handgreifliches gewesen, so daß man keine Definition gebraucht habe. Bald aber sei man mit dem bloß handgreiflichen Besitz nicht ausgekommen, insbesondere nicht bei Immobilien, und es habe sich daher die – bei wirklich handgreiflichem Besitz ja ganz unmögliche — Frage erhoben: uter possessor? Nun habe man sich entscheiden müssen, was man als das eigentlich Entscheidende habe annehmen wollen, man habe also aus der possessio einen Rechts-

[1]) Leipzig 1880.

begriff machen müssen. Dabei hätten sich nun zwei gegensätzliche Ansichten gebildet, ohne daß man sich dieser Gegensätzlichkeit der Grundanschauungen klar bewußt geworden sei. Die einen hätten nämlich angenommen: „Possessio ist ein Zustand, wenn auch kein stets sinnlich wahrnehmbarer; immerhin bedarf er doch eines, wenn auch vielleicht nur dem Juristenauge erkennbaren, durchhaltenden Elementes, mit dem zusammen auch die possessio selber wegfällt". Nach der Auffassung der anderen dagegen setze die possessio nicht einen bleibenden Zustand voraus, sondern jeder, der einmal possessor durch den entscheidenden Vorgang geworden sei, bleibe ohne weiteres possessor so lange, bis ein anderer Vorgang ihn wieder außer Besitz setze. Diese zweite Anschauung, die feinerer Ausarbeitung fähig gewesen sei, sei schließlich zur Herrschaft gelangt, aber stark vermengt mit Elementen jener ersten Ansicht. Die so entstandene Unklarheit des römischen Rechts sei noch erhöht worden dadurch, daß man Usukapions- und Interdiktenbesitz identifiziert und den gleichen Voraussetzungen unterworfen habe.

Daher seien alle Anschauungen verfehlt, die das ganze römische Besitzrecht auf eine Formel bringen sollten. Das sei unmöglich. Feststellen lasse sich nur, daß in allen Fällen zum Besitzerwerb animus und corpus nötig sei. Definitionen dieser beiden Begriffe sei man aus dem Wege gegangen. Man sei auch bei den Entscheidungen über den Beginn des Besitzes nicht gerade ängstlich bemüht gewesen, die Identität dieses Augenblicks mit dem des ersten Zusammentreffens von animus und corpus nachzuweisen. So sei es gelungen, wenigstens den Schein einer gewissen Einträchtigkeit aufrechtzuerhalten, während im Grunde große Differenzen vorhanden gewesen seien.

Ebenso habe man retinere possessionem auf animus und corpus gebaut, jedoch seien diese mit dem Besitzerwerbsanimus und -corpus nicht identisch; beide Voraussetzungen seien immer mehr verflüchtigt worden, so daß es schließlich an jedem objektiven Merkmal gefehlt habe und jede Entscheidung auf subjektiv-willkürlicher Anschauung beruhe.

§ 11.

B. Kurzer Überblick über das germanische Recht.

Das deutsche Recht entwickelte das Institut der Gewere. Darunter verstehen die Quellen des deutschen Mittelalters nach Gierke[1]) ein äußeres Verhältnis der Person zur Sache, das

[1]) DPrivR. Bd. 2, Leipzig 1905, S. 187. Die folgende Darstellung lehnt sich durchaus an Gierke an.

von der Rechtsordnung als Erscheinungsform eines Herrschaftsrechts an der Sache erkannt ist.

Ursprünglich nannte man „gewere“ den Akt der Bekleidung einer Person mit einer Sache, der die Übertragung der Sachherrschaft ausdrückte; daher die lateinische Bezeichnung „vestitura“, „investitura“. Bald aber nannte man auch den Zustand des Bekleidetseins gewere, so daß dieser Ausdruck damals die tatsächliche Sachherrschaft bedeutete. Aber der Begriff behielt nicht diese rein tatsächliche Bedeutung, er wurde von dem rein tatsächlichen Tatbestand mehr und mehr losgelöst und entwickelte sich zu einem selbständigen Rechtsbegriff.

Ihre juristische Bedeutung besteht nun darin, daß sie das „Kleid des Sachenrechts“, die äußere Form, in welcher es in Erscheinung tritt, ist. Jede Gewere ist der Ausdruck eines ihr korrespondierenden dinglichen Rechtes (wie auch umgekehrt jedes dingliche Recht Anspruch auf Darstellung in einer Gewere hat). Gewere und Recht können auseinanderfallen; dann geht zwar das Recht der Gewere vor, aber ehe sie dem Recht gegenübertritt, hat die Gewere den Schein des Rechts für sich. Sie hat eine viel umfassendere Bedeutung als die römische possessio. Denn sie ist, was diese nicht ist, allgemeines sachenrechtliches Legitimationsmittel, das eine vom materiellen Recht unabhängige formelle Rechtslage herstellt, auf die sich jedermann verlassen kann.

Im Rahmen dieser Arbeit interessiert das Recht der Gewere im einzelnen nicht; es soll deshalb nur kurz das erwähnt werden, was der tatsächlichen Gewalt unseres heutigen Rechts in etwa entspricht, nämlich die von Gierke sogen. leibliche Gewere oder, wie die Quellen sie nennen, „hebbende“, „brukende“ Gewere. Sie setzt ein Haben oder Brauchen der Sache voraus, daneben aber den Schein einer Rechtsherrschaft. Der Schwerpunkt der leiblichen Gewere liegt bei Grundstücken im „Brauchen“, bei beweglichen Sachen im „Haben“. Bei einem Grundstück hat die Gewere derjenige, der es „in Nutz und Geld“ hat, also nicht nur der, der es unmittelbar benutzt — dieser hat es in sogen. „lediglicher Gewere“ —, sondern auch der, der aus ihm Zins oder Dienst empfängt. Wir finden also hier einen Gedanken, der dem des unmittelbaren und mittelbaren Besitzes durchaus entspricht, und sehen, daß bei Immobilien Gewere ohne wirkliche Inhabung möglich ist. Anders bei Mobilien: Hier ist die Gewere identisch mit dem Gewahrsam (das Vorhandensein des Rechtsscheins vorausgesetzt), soweit die Sache nicht als Teil eines Sachganzen, etwa eines Grundstücks, einer fremden Gewere unterworfen ist. Demgemäß entsteht die

Fahrnisgewere durch Ergreifung oder Übergabe und endet sie durch Verlust oder Weggabe des Sachkörpers.[1])

Neben dieser leiblichen Gewere kennt das deutsche Recht aber, was heute nur noch von wenigen[2]) bestritten wird, bei Liegenschaften eine sogen. „ideelle Gewere“,[3]) die mit tatsächlicher Sachherrschaft nichts zu tun hatte und die auch durch gewaltsame Besitzentsetzung nicht verloren wurde; solche ideelle Gewere wurde insbesondere dem Erben[4]) zugesprochen, ferner demjenigen, dem ein Grundstück formell aufgelassen[5]) oder dem es durch richterliches Urteil[6]) zugesprochen war, mochte auch die tatsächliche Sachherrschaft, die leibliche Gewere, einem anderen zustehen. Über das Wesen der ideellen Gewere besteht keine Einigkeit. Huber[7]) faßt sie als die Möglichkeit tatsächlicher Herrschaft auf, Gierke[8]) als ein selbständiges eigenartiges Rechtsinstitut, das man am römisch-rechtlichen Besitzbegriff nicht messen könne.

§ 12.

C. Das frühere preußische Recht.

Von den Gesetzbüchern der Einzelstaaten, deren Recht vor Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches galt, soll hier nur kurz das preuß. allgem. Landrecht erwähnt werden. Es handelt vom Besitz im 7. Titel des 1. Teiles. Die wesentlichen Bestimmungen lauten wörtlich wie folgt:

Wer das physische Vermögen hat, über eine Sache mit Ausschließung anderer zu verfügen, der hat sie in seiner Gewahrsam und wird Inhaber derselben genannt (§ 1). Auch der ist ein bloßer Inhaber, der eine Sache nur in der Absicht, darüber für einen anderen oder in dessen Namen zu verfügen, in seiner Gewahrsam hat (§ 2). Wer aber eine Sache in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen, unmittelbar oder

---

[1]) Sachsensp. II Art. 25, 60; III Art. 7 § 4.

[2]) Unter den Gegnern befindet sich insbesondere Laband in KrVJSchr. Bd. 15 S. 397 ff.

[3]) Ausdruck Gierkes (PrivR. Bd. 2 S. 183). Brunner nennt sie „unkörperliche“, Albrecht (Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts, Königsberg 1828) „juristische“ Gewere.

[4]) Bestritten von Laband a. a. O.

[5]) Bestritten von Laband a. a. O., früher auch von Heusler (Die Gewere), anders jetzt Instit. Bd. 2 S. 39.

[6]) Bestritten.

[7]) Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht S. 31.

[8]) DPrivR. S. 194.

durch andere in seine Gewahrsam nimmt, der wird Besitzer der Sache (§ 3). Wer eine Sache oder ein Recht, zwar als fremdes Eigentum, aber doch in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen, in seine Gewahrsam genommen hat, der heißt ein unvollständiger Besitzer (§ 6). Niemand kann ohne oder wider seinen Willen wirklicher Besitzer einer Sache werden, wenngleich dieselbe in seiner Gewahrsam sich befindet (§ 43). Soweit also jemand seinen Willen zu erklären unfähig ist, soweit kann er durch sich selbst keinen Besitz erlangen (§ 44). Ohne Besitzergreifung kann keine Art des Besitzes erlangt werden (§ 48). Wer jedoch einem anderen in einem Inbegriff von Sachen oder Rechten nachfolgt, der bedarf keiner Besitzergreifung in Ansehung der einzelnen unter dem Inbegriff enthaltenen Sachen und Rechte (§ 49). Die äußere Handlung, wodurch eine körperliche Sache in die Gewalt des Besitzers gelangt, wird im eigentlichen Verstand Besitzergreifung genannt (§ 50). Dazu ist jede Handlung hinreichend, welche den neuen Besitzer in den Stand setzt, die Sache selbst oder durch andere zu gebrauchen oder darüber zu verfügen (§ 51). Durch Übergabe wird der Besitz erlangt, wenn der bisherige Besitzer einer Sache sich derselben zum Vorteil eines anderen entschlägt oder dieser den erledigten Besitz ergreift (§ 58). Die bloße Willenserklärung des bisherigen Besitzers ist hinreichend, den Besitz einer Sache zum Vorteil eines anderen zu erledigen, insofern dieser dadurch in den Stand gesetzt wird, über die Sache zu verfügen (§ 59). Die Übergabe kann nicht nur körperlich, aus Hand in Hand, sondern auch durch Zeichen symbolisch geschehen (§ 61).

Dies die positiven Vorschriften des preußischen Rechts. Sie lassen, wie man sieht, der Definition des Besitzes und der tatsächlichen Gewalt den weitesten Spielraum, daher hat sich die Theorie des preußischen Rechts, wenn es galt, einen dieser Begriffe zu definieren, meist auf eine der oben erwähnten für das gemeine Recht aufgestellten Theorien bezogen,[1]) und zwar fast ausschließlich auf die Lehre Savignys.[1]) Eine leichte Modifikation hat dieser Lehre Dernburg[2]) gegeben. Er meint:

Der Besitz sei Tatsache, aber keineswegs notwendig eine sichtbare Erscheinung. Leibliche Einwirkung des Besitzers auf den Gegenstand seines Besitzes sei nicht zu seinem Entstehen, noch weniger zu seinem Bestehen erforderlich, ja nicht einmal genügend. Besitzer sei vielmehr, wer auf die dauernde Verfügung über die Sache bauen könne. Damit sei

---

[1]) z. B. Förster-Eccius, PrPrivR. Bd. 3 7. Aufl., Berlin 1866.
[2]) Lehrb. d. PrPrivR. 5. Aufl., Halle 1894, § 148.

aber keine alsolute Sicherheit gemeint; eine solche bestehe nie. Es genüge, daß man nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge auf die Beherrschung der Sache rechnen dürfe. Daher befinde sich z. B. der Hund, auch wenn er zurzeit frei auf der Straße herumlaufe, in unserem Besitze, falls er nur die Gewohnheit habe, zurückzukehren. Der Waldhüter dagegen, der einen Forst bewache, habe nicht den Besitz über das dort geschlagene Holz, sowenig wie der Arbeiter, der es behaue und aufschichte, trotz der tatsächlichen gegenwärtigen Möglichkeit der Einwirkung auf den bewachten oder bearbeiteten Gegenstand. Denn diese sichere hier nicht die dauernde tatsächliche Verfügung. Dauernde tatsächliche Verfügung über die Sache sei bedingt durch Schutz gegen das Spiel der Naturkräfte sowie durch Sicherung gegen die Einwirkung fremder Rechtssubjekte. Gegen diese Eingriffe schützten jedoch nicht bloß Schloß und Riegel; vielmehr genüge es in vielen Fällen schon, wenn für Dritte erkennbar sei, daß eine Sache zur Verfügung eines anderen stehe. Denn dann komme dem Besitzer die natürliche Scheu Dritter zugute, die tatsächliche Sphäre unseres Lebens und Wirkens anzutasten, ferner die Achtung vor der Rechtsordnung, welche, indem sie den Besitz wenigstens vorläufig schütze, ihm damit höhere Festigkeit verleihe.

Wie man sieht, kommt diese Ansicht Dernburgs der oben erwähnten Goldschmidts sehr nahe. Sie ist aber schon längst vor dieser, zuerst im Jahre 1875, aufgestellt.

III. Das heutige Recht.

§ 13.

A. Allgemeine Vorbemerkungen.

Im vorigen ist versucht worden, die bisherigen Ansichten über das Besitzcorpus in möglichst objektiver Weise wiederzugeben. Nunmehr handelt es sich darum, zu diesen Ansichten kritisch Stellung zu nehmen und sich entweder einer von ihnen anzuschließen oder zu einer neuen zu gelangen.

Bevor jedoch mit einer derartigen Kritik begonnen werden kann, muß zunächst die Basis feststehen, auf der sie erfolgen soll. Diese Basis kann nur das jetzt geltende deutsche bürgerliche Recht sein. Soweit daher jene Theorien sich auf speziell römischrechtliche Sätze berufen, die unserem Rechte fremd sind, kommt ihre Begründung als solche hier nicht in Betracht. Nun hat sich unser Gewaltsbegriff zweifellos aus dem des römischen Rechts entwickelt; man könnte deshalb denken, es sei zuerst der Gewaltbegriff des römischen Rechts festzustellen und dieser dann auf seine Vereinbarkeit mit den positiven Vorschriften unseres Rechts zu untersuchen. Ein derartiges Vorgehen wäre m. E. methodisch verfehlt. Denn von Einfluß auf die Bildung unseres neuen Rechts war nicht — und kann nicht gewesen sein — das römische Recht, wie es objektiv war, sondern das gemeine Recht, wie man es zur Zeit der Entstehung unseres Gesetzes auffaßte und kannte. Gerade aus diesem Grunde hatte ich auch in dieser Arbeit über die Ansichten zum gemeinen Recht nur zu referieren und muß ganz davon absehen, die aufgestellten Begriffe des Besitzcorpus auf ihren Wert für das gemeine Recht zu kritisieren.

§ 14.

B. Der Ausgangspunkt. Kritik der Lehre Goldschmidts.

Um die Frage zu beantworten, was der Begriff der tatsächlichen Gewalt bedeute, sind zunächst die Grenzen festzulegen, innerhalb derer dieser Begriff sich abspielt. Dazu müßte zunächst untersucht werden, ob wir in dieser Beziehung

durch den Gebrauch der Worte „tatsächliche Gewalt“ zur Annahme oder Ablehnung irgendeiner der bisherigen Theorien gezwungen sind. Die Redaktoren unseres Gesetzbuchs wollten mit den Worten „tatsächliche Gewalt“ zweifellos die Lehre des Gesetzes in einer ganz bestimmten Richtung festlegen, nämlich in der der Herrschaftstheorie Savignys. Das geht daraus hervor, daß sich zur Zeit der Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs der wissenschaftliche Streit darum drehte, ob das Besitzcorpus des römischen Rechts physische Herrschaft („tatsächliche Gewalt“, wie sie Windscheid[1]) nannte) oder etwas anderes sei. Das Wort „tatsächliche Gewalt“ sollte also in dem Streit der Meinungen einen ganz bestimmten Weg weisen,[2]) verkörperte sogar damals vielleicht einen ganz bestimmten Begriff. Es soll deshalb zunächst untersucht werden, ob sich der heute geltende Begriff der tatsächlichen Gewalt mit einer der für das Besitzcorpus des gemeinen Rechts aufgestellten sogen. „Herrschafts“-theorien vereinigen läßt.

Dazu aber müssen wir uns zunächst darüber klar werden, von welchem Gesichtspunkt aus wir die früher aufgestellten Definitionen — und ebenso event. auch eine später sich ergebende eigene Definition — auf ihre Richtigkeit prüfen wollen. Hierfür hatte man zur Zeit der Geltung des römischen Rechts einen fest bestimmten Weg: man brauchte nur die Entscheidungen der Quellen unter einen gemeinsamen Gesichtspunkt zu bringen. Heute sind diese Quellen nicht mehr geltendes Recht. Trotzdem muß man m. E. zur Definition des Begriffes der tatsächlichen Gewalt auf sie zurückgreifen. Denn aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch ergibt sich nichts für die Frage, wann tatsächliche Gewalt vorliegt. Vielmehr wird hier der Begriff der tatsächlichen Gewalt als ein bekannter vorausgesetzt. Es ist daher leicht verständlich, daß die heute herrschende Meinung[3]) dementsprechend den Gewaltbegriff als etwas allgemein Bekanntes auffaßt und keine Definition für nötig oder für möglich hält. Sie schließt sich damit der Auffassung an, die Goldschmidt für das gemeine Recht (s. oben § 7) vertreten hatte, und definiert mit ihm die tatsächliche Gewalt als das, was dem

[1]) Windscheid-Kipp Bd. 1, 9. Aufl. §§ 148ff.

[2]) vgl. auch Prot. Bd. 3 S. 29 (Der Ausdruck tatsächliche Gewalt bezeichnet zugleich das für das Wesen des Besitzes kennzeichnende Moment, daß der Besitzer imstande sei, Dritte von seinem Machtbereich auszuschließen).

[3]) z. B. Planck Erl. 2 zu § 854; Crome § 347 II; Dernburg (Bd. 3) § 11; Biermann (2. Aufl.) Erl. II zu § 854; Kipp in ZHR. Bd. 52 S. 306; Wolff § 5 III; Gierke, DPrivR. Bd. 2 § 115 II; v. Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter (1910) S. 96 und viele andere.

Gemeinbewußtsein als solche erscheint,[1]) oder sagt, ob tatsächliche Gewalt vorliege oder nicht, sei „Tatfrage und nach der allgemeinen Auffassung des bürgerlichen Lebens zu beantworten".[2])

Es soll hier nicht untersucht werden, wie weit die Goldschmidtsche Formel für das reine römische Recht — nur für dieses hat sie ihr Schöpfer aufgestellt[3]) — zutrifft. Soweit sie aber für das heutige Recht aufgestellt wird, ist folgendes zu ihr zu bemerken: Zweifellos kann man zur Not jeden denkbaren Fall, in welchem Besitz vorliegt, unter die Goldschmidtsche Formel bringen, indem man sagt, in diesem Falle nehme das Gemeinbewußtsein Besitz an. Damit ist dann aber in Wahrheit nicht das geringste gewonnen. Da, wo niemand an dem Vorhandensein des Besitzes zweifelt, bedürfen wir überhaupt keiner Definition; wir brauchen eine solche erst in den Fällen, wo ein Zweifel Platz hat. Und hier muß die Goldschmidtsche Formel notwendigerweise im Stich lassen. Dies deshalb, weil in Wahrheit die natürliche Lebensanschauung der Laien, m. a. W. das Gemeinbewußtsein, den Begriff der tatsächlichen Gewalt so wenig kennt wie den des Besitzes. Allgemein ist bekannt, daß der Laie Besitz und Eigentum für identische Begriffe hält. Und ebensowenig wie diesen Unterschied kennt er — oder empfindet er auch nur — den zwischen tatsächlicher und rechtlicher Gewalt über die Sache, zwischen rein wirklichem und lediglich rechtlichem Haben. Wenn er sagt: Ich habe eine Sache, so denkt er im allgemeinen zuerst an das rechtliche Haben (sei es kraft Eigentums, sei es kraft Miete oder aus anderen rechtlichen Gründen). Diese Vorstellung vermischt sich dann mit der von einem rein tatsächlichen Haben, das ohne Rücksicht auf das Recht besteht. Die Tatsache, daß der Laie rechtliches und tatsächliches Haben nicht auseinanderhalten kann, ist auch nicht weiter verwunderlich: Das Leben ist heute an allen Ecken und Enden durch Rechtsregeln beeinflußt und modifiziert, so daß in einer überaus großen Zahl von Fällen zwischen dem (tatsächlichen) Können und dem (rechtlichen) Dürfen nur ein begrifflicher, aber kein praktischer Unterschied besteht. Diese Erfahrung ist in das Allgemeinempfinden übergegangen, mag sie auch dem einzelnen nicht klar bewußt geworden sein. Ihre natürliche Folge ist es, daß das Unterscheidungsvermögen zwischen Können und Dürfen auch da schwindet, wo Können

---

[1]) So Wolff a. a. O.
[2]) So Crome a. a. O.
[3]) Goldschmidt, Verm. Schriften Bd. 1 S. 349.

und Dürfen zweierlei ist, und daß namentlich die Bedeutung des unrechtmäßigen Könnens für das Rechtsleben nicht empfunden wird.

Aber auch von dem Unterschied zwischen tatsächlicher und rechtlicher Gewalt abgesehen, ist der Anschauung unseres heutigen Lebens der Begriff der tatsächlichen Gewalt über eine Sache ganz fremd. Der Gedanke, daß man eine Sache beherrschen kann, kommt nicht aus der Anschauung des Volkes, wenigstens nicht im heutigen Leben. In Rom mag das anders gewesen sein. Für uns läßt sich der Begriff der tatsächlichen Gewalt nur als ein Begriff der juristischen Kunstsprache auffassen. Gänzlich verfehlt ist es daher, zu seiner Erläuterung unmittelbar auf die Lebensanschauung der Laien, auf das Gemeinbewußtsein, zurückzugreifen.

Dementsprechend gibt es eine Menge Fälle, wo das Gemeinbewußtsein für die Frage der tatsächlichen Gewalt nichts ergibt. Z. B. jemand ist in Konkurs geraten; wann erlangt der Konkursverwalter den Besitz an der Ware? Wenn er die tatsächliche Gewalt darüber erlangt. Wann erlangt er diese? Das Gemeinbewußtsein gibt hierauf keine Antwort. Bergsteiger haben, die Rucksäcke auf dem Rücken, eine Hochtour angetreten. Unterwegs beschließen sie, auf demselben Wege wieder zurückzukehren und legen deshalb die Rucksäcke an einem Punkt ab, den sie sich leicht merken können. Darauf setzen sie die Wanderung nach dem noch weit entfernten Gipfel fort. Behalten sie den Besitz an den Rucksäcken? Auch hierauf gibt das Gemeinbewußtsein keine Antwort. Ebensowenig auf die Frage, ob ein Untersuchungs- oder Strafgefangener oder ob ein Kriegsgefangener an seinen Sachen zu Hause den Besitz behält. Oder man denke z. B. an den vom Reichsgericht[1]) entschiedenen Fall, wo es sich um den Besitz an der Außenwand gemieteter Geschäftsräume handelt. Ob an dieser Außenwand durch das Beziehen der Mieträume Besitz erworben wurde oder nicht, darüber ergibt das Gemeinbewußtsein m. E. nicht das geringste. Ja, es versagt sogar bei Beispielen der römischen Quellen. Man denke z. B. an den Besitz am vergrabenen Schatz. Überhaupt sollte man doch einmal die praktische Probe auf die Goldschmidtsche Formel machen und einen Laien über das Vorhandensein der Sachherrschaft in irgendeinem Falle nicht handhaften Besitzes fragen. Er wird stets die Sachherrschaft leugnen. Wenigstens habe ich bei derartigen Umfragen diese Erfahrung gemacht.

---

[1]) RGE. Bd. 80 S. 282 ff.

Die Goldschmidtsche Formel kommt in Wahrheit, wenn man sie praktisch anwenden will, darauf hinaus, daß man alles auf das Ermessen des Richters abstellt, ohne ihm für dieses Ermessen eine Richtschnur zu geben. Die Folge ist die, daß der Richter nicht abwägen kann, ob Besitz vorliegt oder nicht. Er wird daher stets davon ausgehen, wer seinem unbestimmten Gefühl nach in dem betreffenden Prozeß, der ja in der Regel noch eine Reihe anderer Fragen neben der Besitzfrage in sich schließen wird,[1]) recht hat. Dieses Rechthaben wird er dann damit begründen, vernünftiger Lebensanschauung nach liege hier Besitz vor oder nicht vor. Würde es sich um eine andere Streitfrage drehen, bei der das Sachverhältnis in bezug auf den Besitz genau dasselbe ist, im übrigen aber anders liegt, so würde er bezüglich des Vorliegens des Besitzes vielleicht ganz anders entscheiden.

Damit dürfte nachgewiesen sein, daß die Goldschmidtsche Formel für unser Recht nicht brauchbar ist. Aber wollte man selbst diese Brauchbarkeit nicht leugnen, wollte man also unter tatsächlicher Gewalt das verstehen, was dem gemeinen Bewußtsein als solche erscheint, so wäre das doch nur eine sehr vage Definition. Auch dann läge kein Grund vor, von der Untersuchung abzustehen, was denn das Gemeinbewußtsein unter tatsächlicher Gewalt versteht. Daß diese Untersuchung zu keinem Resultat führen könne, ist bisher nur behauptet,[2]) nicht bewiesen. Daß alle bisherigen Untersuchungen zu keinem brauchbaren Ergebnis geführt haben, sagt noch nichts. Die Untersuchung bleibt trotzdem anzustellen, oder aber es ist der Nachweis ihrer notwendigen Resultatlosigkeit zu führen.

Aus alledem ergibt sich, daß die Goldschmidtsche Formel nicht weiter bringt: Entweder man nimmt sie an, dann hat man zwar einen Ausgangspunkt für die gesuchte Begriffsbestimmung, aber einen solchen, der gerade in den schwierigeren Fällen im Stich läßt und der deshalb nicht genügen kann. Oder man nimmt sie nicht an; dann ist gleichfalls ein anderer Ausgangspunkt zu suchen.

M. E. führt nur folgender Weg weiter: Wie Gierke[3]) dargetan hat, baut unser Besitzrecht, soweit der Besitzbegriff in Frage kommt, ganz auf das römische Recht auf. Das zeigt sich gerade darin, daß zum Besitzerwerb Erlangung der tat-

---

[1]) Reine Besitzprozesse sind, wie jeder Praktiker weiß, ungemein selten.

[2]) z. B. Wolff a. a. O.; auch Meischeider, Besitz und Besitzschutz, Berlin 1876, insbes. S. 1 der Einl., S. 8ff., 199 kommt in Wahrheit über die bloße Behauptung nicht hinaus.

[3]) Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes, Jena 1901, S. 2f.

sächlichen Gewalt verlangt wird, eine der deutschrechtlichen Gewere nicht wesentliche Begriffsvoraussetzung.[1]) Wir müssen daher davon ausgehen, daß der heutige Begriff des Besitzes auf dem römischrechtlichen der possessio aufbaut, und daß deshalb da, wo das römische Recht Besitz annahm, auch heute Besitz anzunehmen ist, soweit nicht irgendwelche geschriebene oder ungeschriebene Rechtsnormen einer derartigen Annahme entgegenstehen. Aber gerade, weil es derartige positive Abweichungen in nicht unbeträchtlicher Zahl gibt, brauchen wir (wie oben ausgeführt) nicht erst den Gewaltbegriff des römischen Rechts zu suchen, sondern wir haben diese Abweichungen sofort als integrierenden Bestandteil des Begriffsbesitzes zu verwerten. Denn sie bilden im Rahmen des heutigen Rechts nicht mehr Abweichungen, sondern sind vielmehr selbst begriffsbildende Elemente.

Haben wir auf diese Art einen festen Ausgangspunkt gefunden, so können wir uns nunmehr an die Kritik der bisher aufgestellten Ansichten begeben. Wir untersuchen aus den oben[2]) angegebenen Gründen zuerst, ob eine der für das gemeine Recht aufgestellten sogen. „Herrschafts"theorien für das heutige Recht brauchbar ist.

§ 15.

C. Kritik der Lehre Savignys und seiner Anhänger.

Savigny definiert, wie oben (§ 3) ausgeführt, den Besitz als „den Zustand, in welchem nicht nur die eigene Einwirkung auf die Sache physisch möglich ist, sondern auch jede andere Einwirkung verhindert werden kann",[3]) und an anderer Stelle[4]) fügt er hinzu, daß „die Möglichkeit, auf die Sache nach Willkür zu wirken, von demjenigen, welcher den Besitz erwerben wolle, als unmittelbare gegenwärtige Möglichkeit gedacht werden" könne. Er meint aber offenbar, daß auch die Ausschließungsmöglichkeit als unmittelbare gegenwärtige Möglichkeit müsse gedacht werden können; dies sagt er zwar nicht ausdrücklich, es besteht aber kein Grund, die Ausschließungsmöglichkeit anders

[1]) vgl. hierzu insbesondere Huber, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht. Man denke insbesondere an die Möglichkeit einer ideellen Gewere im früheren deutschen Recht, für die das heutige Recht, wie Gierke (Fahrnisbesitz S. 4) mit Recht ausführt, keinen Raum mehr hat.

[2]) Im Abs. 1 dieses Paragraphen.

[3]) Recht des Besitzes § 1 S. 26.

[4]) a. a. O. § 18 S. 238.

als die Einwirkungsmöglichkeit zu behandeln, und Savigny hat erstere hier wohl nur vergessen. Danach liegt in der tatsächlichen Gewalt ein Dreifaches:

1. Sie setzt objektive Einwirkungsmöglichkeit voraus;
2. sie setzt objektive Ausschließbarkeit voraus;
3. diese beiden geben aber Besitz nur, sind also tatsächliche Gewalt nur, wenn sie auch dem Besitzer subjektiv zum Bewußtsein kommen oder wenigstens kommen können.

Daß der so definierte Begriff durch das Wort „tatsächliche Gewalt" gut getroffen würde, ist klar. Er kommt daher für das heutige Recht in Frage und muß also auf seine Verwendbarkeit geprüft werden. Das kann aber nur an der Hand von Beispielen geschehen, und praktischerweise wird man von den Beispielen ausgehen, auf die Savignys Lehre in erster Linie zugeschnitten sein mußte, d. h. von den Beispielen der römischen Quellen.

I. Zunächst soll jedoch untersucht werden, ob Savigny die Möglichkeit, jede fremde Einwirkung fernzuhalten, mit Recht als natürliches Begriffselement der tatsächlichen Gewalt auffaßt. Er gibt keine Begründung dafür, warum diese Ausschließungsmöglichkeit Begriffselement des Besitzes ist, offenbar deshalb, weil er es für selbstverständlich hält, daß sie es ist. Diese Selbstverständlichkeit besteht aber nicht.

Fremde Einwirkungen können sowohl von dritten Personen als auch von Naturmächten ausgehen. Daß nicht die absolute Möglichkeit bestehen muß, letztere auszuschließen, bedarf keiner längeren Erörterung. Man denke an Überschwemmungsgefahren. Aber auch soweit eine Einwirkung dritter Personen in Betracht kommt, ist die Ausschließungsmöglichkeit nicht selbstverständlich Voraussetzung des Besitzes und der tatsächlichen Gewalt. Wenn ich ein Geldstück in der Hand habe, so habe ich trotzdem noch nicht die Möglichkeit, jeden Dritten von der Einwirkung auf dasselbe auszuschließen. Diese Möglichkeit fehlt mir dann, wenn der Dritte stärker ist als ich. Überhaupt hätte Savigny das bloße Vorhandensein des interdictum utrubi stutzig machen sollen; denn wenn ich die Möglichkeit habe, Dritte von der Einwirkung auszuschließen, so kann mir der Besitz nicht gegen oder ohne meinen Willen, sondern nur mit meinem Einverständnis entzogen werden: die Fälle der Entziehung vi und clam hätten also gar keinen Sinn und ebensowenig die Zulassung der Wehr gegen die den Besitz entziehende oder störende verbotene Eigenmacht im heutigen Recht. Wollte man dem etwa entgegenhalten, wofür kein tieferer Grund einzusehen ist, bei der Möglichkeit, Dritte auszuschließen, sei an gewaltsame Einwirkungen Dritter

nicht zu denken, so bliebe noch immer unerklärlich, wie der Besitz heimlich (clam) entzogen oder gestört werden könnte. Denn wenn mir eine Sache heimlich weggenommen wird, so habe ich, da ich nichts davon weiß, auch nicht die Möglichkeit, den Dieb usw. am Wegnehmen zu hindern. Dem könnte man allerdings vielleicht entgegnen, es komme nicht auf die subjektive, sondern auf die objektive Ausschließbarkeit an, d. h. darauf, ob der Besitzer objektiv genommen, wenn er im Augenblick daran dächte, Dritte ausschließen könnte. Aber selbst wenn man dies zugeben wollte, bliebe noch immer eine Reihe von Fällen unerklärlich:

Wenn ich Fallen im Wald gestellt habe und in ihnen sich Wild fängt, so erwerbe ich an ihm Besitz, mag ich auch abwesend sein.[1]) Diese Tatsache wird wohl niemand bezweifeln.[2]) Von der Möglichkeit, einen Dritten (das kann natürlich nur bedeuten, einen Dritten, der im Begriff ist, sich selbst Besitz zu verschaffen) auszuschließen, kann hier aber nicht die Rede sein. Ebensowenig in dem Fall des Besitzerwerbs an einem Grundstück durch demonstratio a turre.[3]) Und doch handelt es sich hier um die nach Savigny graduelle stärkste Spielart der tatsächlichen Gewalt, nämlich um die tatsächliche Gewalt beim Besitzerwerb.[4]) Dasselbe wie für die genannten Fälle gilt natürlich erst recht dort, wo der Besitz andauert, obwohl der Besitzer nicht zugegen ist, also insbesondere für den Besitz an Grundstücken, der ja, einmal erworben, auch bei zeitweiliger Abwesenheit des Besitzers fortdauern kann. Ebenso auch für den Besitz an aufgeschichtetem Holz im Walde, an geschnittenem Getreide auf dem Feld.[5]) Wald- und Forstfrevel müßten bei bestehendem Besitze unmöglich sein.[6]) Die Ausschließungsmöglichkeit fehlt ferner in allen Fällen, wo die tatsächliche Gewalt durch einen Besitzdiener oder einen anderen unselbständigen Inhaber ausgeübt wird, gerade diesem Inhaber gegenüber[7]) sowie, was heute besonders wichtig ist, in Häusern, in denen Dienstboten beschäftigt sind und zu den Zimmern freien Ein- und Ausgang haben. Die Ausschließungsmöglichkeit fehlt weiter auch dem

---

[1]) Beispiel aus D. 41, 1, 55.

[2]) Ausdrücklich bestätigt sie für das heutige Recht z. B. Komm. d. RGR. § 854 Anm. 3.

[3]) Beispiel aus D. 41, 2, 13, 2.

[4]) Darüber, ob die Annahme verschiedener Grade der tatsächlichen Gewalt gerechtfertigt ist, s. unten.

[5]) Beispiele Strohals (Sukzession) S. 58.

[6]) Strohal a. a. O. S. 61.

[7]) Strohal a. a. O. S. 57.

Mann seiner Frau gegenüber, wenn er mit ihr zusammenwohnt. Schließlich auch in dem von den Quellen[1]) erwähnten Fall, daß jemand Geld in fremdem Grund und Boden vergraben hat. Überhaupt wäre, wenn es auf die Ausschließungsmöglichkeit ankäme, eine controversia possessionis nicht möglich, denn eine solche setzt gerade voraus, daß nicht klar ist, wer den Besitz hat; wer aber die faktische Ausschließungsmöglichkeit hat, das muß klar sein, sonst hat sie eben keiner, und damit hätte nach Savigny auch keiner Besitz.

II. Außer der soeben betrachteten Ausschließungsmöglichkeit verlangt Savigny weiter die Möglichkeit, auf die Sache einzuwirken, und zwar zum Besitzerwerb als unmittelbare, gegenwärtige, zur Besitzfortdauer als jederzeit beliebig reproduzierbare.

Daran ist, worauf Strohal[2]) hinweist, unzweifelhaft so viel richtig, daß der Besitzer infolge des Daseins des Besitzes in der statistischen Mehrzahl der Fälle allerdings in der Lage ist, auf die besessene Sache einzuwirken, sie nach seinem Bedürfnis zu nutzen und zu gebrauchen. Aber mehr als ein Erfahrungssatz ist diese unmittelbare gegenwärtige Einwirkungsmöglichkeit auch nicht, insbesondere ist sie nicht Begriffselement des Besitzes und der tatsächlichen Gewalt. Das hat zuerst Jhering[3]) nachgewiesen.

Diese unmittelbare Einwirkungsmöglichkeit fehlt zunächst in allen Fällen, in denen ein Abwesender Besitz erwirbt. So insbesondere in dem schon erwähnten Fall des Besitzerwerbs an Wild durch Fangen in Fallen. Ferner dann, wenn ich eine Sache gekauft habe und der Verkäufer sie in meiner Abwesenheit in meiner Wohnung niederlegt,[4]) oder wenn ein Freund, der mich überraschen will, sie mir in meiner Abwesenheit durch das offene Fenster in mein Zimmer wirft. Wenn Savigny den Besitzerwerb in solchen Fällen damit begründet, jeder habe über sein Haus sicherere Herrschaft als über alles andere Vermögen und durch diese Herrschaft zugleich die custodia aller im Haus enthaltenen Sachen,[5]) so gibt er selbst, wenn auch unbewußt, zu, daß es hier an der Einwirkungsmöglichkeit fehlt.[6])

---

[1]) Beispiel aus D. 41, 2, 44; s. dazu Strohal a. a. O. S. 57.
[2]) Sukzession S. 54.
[3]) Besitzschutz S. 160ff.
[4]) Beispiel aus D. 41, 2, 18, 2.
[5]) 7. Aufl. § 17 S. 226.
[6]) Jhering, Besitzschutz S. 162.

Nebenbei sei bemerkt, daß die Savignysche Erklärung dieser Fälle durch die „sichere Herrschaft“ in Wahrheit eine Tautologie ist, da es sich für Savigny ja gerade um die Erklärung des Begriffs der Herrschaft handelt.

Daß umgekehrt vielfach eine Einwirkungsmöglichkeit besteht und trotzdem kein Besitz vorliegt, versteht sich nach dem, was ich oben über die Ausschließungsmöglichkeit ausführte, von selbst. Denn, wenn nicht die Möglichkeit besteht, Dritte auszuschließen, so bedeutet das nichts anderes, als daß die Einwirkungen Dritter stattfinden können, also daß Dritten, Nichtbesitzern, Einwirkungen möglich sind, obwohl sie keinen Besitz haben. Damit ist aber noch nicht ohne weiteres, wie Jhering[1]) meint, ein neues Argument gegen Savigny gewonnen. Denn, wenn dieser sagt: Jeder Besitzer hat die Einwirkungsmöglichkeit, so läßt sich daraus nicht unbedingt schließen, daß auch jeder, der die Einwirkungsmöglichkeit hat, Besitzer ist. Das würde nur gelten können, wenn die Einwirkungsmöglichkeit für identisch mit dem Besitz erklärt wäre, nicht aber, wenn zur Herrschaft noch andere Momente hinzugefordert werden, die erst im Verein mit ihr den Besitz ergeben. Letzteres ist aber bei Savignys Lehre der Fall: er verlangt neben der Einwirkungsmöglichkeit noch einerseits die Ausschließungsmöglichkeit (die ja hier als unnötig erwiesen ist) und das „Bewußtsein physischer Herrschaft“,[2]) wenigstens als mögliches,[3]) und andererseits den animus possidendi. Wenn es Fälle gibt, in denen diese beiden letztgenannten Faktoren neben der Einwirkungsmöglichkeit vorhanden sind und in denen trotzdem kein Besitz vorliegt, so ist allerdings bewiesen, daß die Einwirkungsmöglichkeit kein wesentliches Begriffselement der tatsächlichen Gewalt ist.[4]) Derartige Fälle gibt es nun tatsächlich. Ein herrenloser Bienenschwarm hat sich auf meinem Baum niedergelassen und dort Honigwaben angesetzt[5]): dann erwerbe ich ohne eigenes Handeln weder an den Bienen noch an dem Honig Besitz, mag ich auch[6]) das Gegenteil wollen und ausdrücklich erklären. Und doch besteht hier — wenigstens wenn ich unmittelbar vor dem Baum stehe — die unmittelbare,

---

[1]) Besitzschutz S. 163.
[2]) Savigny 7. Aufl. S. 238.
[3]) Savigny a. a. O.
[4]) Dabei soll hier unterstellt werden, daß der animus possidendi auch im heutigen Recht noch erforderlich ist. Ist er nicht erforderlich, so erhöht das nur die Beweiskraft der anzuführenden Fälle.
[5]) Beispiel aus D. 41, 1, 5 §§ 2, 3. Zu Randas Erklärung dieser Stelle (S. 37) s. Strohal, Sukzession S. 83, 84.
[6]) Worauf Strohal a. a. O. mit Recht hinweist.

gegenwärtige Möglichkeit beliebiger Einwirkung auf die Bienen und den Honig. Ebenso besteht die Einwirkungsmöglichkeit überall, wo, wie in jeder heutigen Wohnung, mehrere Leute ohne weiteres an eine Sache herankönnen, z. B. Mann und Frau, Eltern und Kinder, Herrschaft und Dienstboten. Selbst wenn bei diesen allen das Bewußtsein der physischen Herrschaft und der Besitzwille vorliegen, so wird doch niemand ihnen allen den Besitz zusprechen, sondern immer nur einem oder einer begrenzten Zahl von ihnen. Ganz das gleiche gilt für die Fälle unselbständiger Inhabung. Die Köchin, die den Schlüssel zum Küchenschrank hat, hat zweifellos die Möglichkeit unmittelbarer Einwirkung auf das verschlossene Geschirr, sie weiß dies auch, und trotzdem hat sie keinen Besitz daran, mag auch der Besitzwille hinzukommen. Wenn sich der Besucher einer Universitätsbibliothek vor die im Lesesaal stehenden Bände stellt, so hat er — selbst den Besitzwillen vorausgesetzt — noch keinen Besitz an ihnen. Leiht er sich von den in anderen Räumen aufbewahrten Bänden einen zur Benutzung im Lesesaal aus, so erhält er dadurch zweifellos die Einwirkungsmöglichkeit; ja allzu häufig nimmt er sogar wirkliche Einwirkungen vor, indem er Randbemerkungen in das Buch schreibt, Bilder herausschneidet usw.; er hat also das Bewußtsein der Einwirkungsmöglichkeit, und doch hat er auch bei Vorliegen des Besitzwillens keinen Besitz, also auch keine tatsächliche Gewalt an dem Buch. Dagegen hat er beides, wenn er das Buch zur häuslichen Benutzung entliehen hat, es aber zeitweise im Lesesaal benutzt. Daß die Einwirkungsmöglichkeit in diesem Fall von der im vorigen Fall irgendwie verschieden wäre, läßt sich nicht behaupten.

Wir haben also das Ergebnis gewonnen, daß die Einwirkungsmöglichkeit nicht Begriffselement der tatsächlichen Gewalt ist. Damit ist außer der Savignyschen Ansicht zugleich die Auffassung Windscheids[1]) widerlegt, wenn es richtig ist, daß er die tatsächliche Gewalt in der Möglichkeit sieht, auf die Sache nach Belieben einzuwirken. Dies wird in der Literatur allgemein als seine Ansicht angenommen.[2]) In Wahrheit hat aber Windscheid wohl etwas anderes gemeint. Er wollte nur sagen, die Möglichkeit beliebiger Einwirkung sei Voraussetzung der tatsächlichen Gewalt, nicht jedoch auch umgekehrt, jede Möglichkeit beliebiger Einwirkung gebe tatsächliche Gewalt. Das geht deutlich daraus hervor, daß er sagt, eine feste, alle denkbaren Fälle unmittelbar entscheidende Definition des Besitzes

[1]) Windscheid(-Kipp) § 153; vgl. oben § 6.
[2]) vgl. z. B. Wolff, Sachenrecht § 5 III.

lasse sich nicht geben, ergänzend müsse das richterliche Ermessen eintreten. Daß aber auch die Möglichkeit beliebiger Einwirkung auf die Sache keine Begriffsvoraussetzung des Besitzes bildet, ist bereits im obigen nachzuweisen versucht.

Auch die von Savignys Ansicht nur unwesentlich abweichende Meinung Randas[1]) dürfte durch die vorigen Ausführungen widerlegt sein.

III. Nachdem wir so gesehen haben, daß weder die Einwirkungsmöglichkeit noch die Ausschließungsmöglichkeit begriffliche Voraussetzung des Besitzes sind, wird die Untersuchung über das dritte der von Savigny aufgestellten Erfordernisse — das Bewußtsein jener Möglichkeiten — von selbst hinfällig. Bestehen bleibt aber die Frage, wie weit zur tatsächlichen Gewalt ein subjektives Moment gehört. Diese Frage kann naturgemäß erst beantwortet werden, wenn die objektiven Momente festgestellt sind. Denn falls ein subjektives Moment überhaupt in Betracht kommt, so kann es nur in der bewußten Beziehung der objektiven Momente auf das Subjekt der tatsächlichen Gewalt liegen. Es wird daher hiervon erst später gesprochen werden können.

§ 16.

D. Kritik der Lehre Jherings und seiner Anhänger.

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich m. E., daß die für das gemeine Recht aufgestellten sogen. Herrschaftstheorien für das heutige Recht nicht brauchbar sind. Es ist daher zu untersuchen, ob eine andere der aufgestellten Theorien als richtig anerkannt werden kann. Da sich nun aber im gemeinen Recht der Streit nicht darum drehte, was tatsächliche Gewalt sei, sondern darum, was das Besitzcorpus sei, ob Herrschaft oder etwas anderes, so liegt der Gedanke nah: durch das Wort „tatsächliche Gewalt“ sind andere, als die Herrschaftstheorien schon ohne weiteres ausgeschlossen. Daß eine derartige Annahme irrig wäre, ergibt eine genauere Betrachtung der Lehre Jherings und seiner Anhänger. Wenn diese sich gegen die Auffassungen des Besitzcorpus als tatsächlicher Gewalt wenden, so verstehen sie unter tatsächlicher Gewalt etwas anderes, als das Bürgerliche Gesetzbuch darunter verstehen kann. Jhering versteht unter dem von ihm bekämpften Begriff der tatsächlichen Gewalt

---

[1]) vgl. oben § 5.

nur die wirklich körperliche Innehabung und drückt das auch an mehreren Stellen klar aus.[1]) So sagt er z. B.[2]):

> „Von einer physischen Herrschaft über die Sache kann verständlicherweise nur da die Rede sein, wo man entweder sich bei derselben befindet oder wo man sie dergestalt in Verwahrung hat, daß nicht jeder, der Lust hat, sie nehmen kann. Über mein abwesendes Grundstück habe ich eine faktische Herrschaft, solange ich mich auf oder bei demselben befinde; wenn ich mich entferne, hört sie auf, ich kann keinen abhalten, dasselbe zu betreten. Es ist ein arger Mißbrauch, den man mit der Sprache treibt, in einem solchen Fall von einer physischen Herrschaft zu sprechen. Worin äußert sich dieselbe denn? In gar nichts. Es ist eine physische Herrschaft, der die Hasen, die auf meinem Feld von meinem Kohl fressen, und die Kinder, die in meinem Heuhaufen spielen, spotten".

Ganz ähnlich faßt auch Strohal den Begriff der tatsächlichen Gewalt, die er „faktische Macht" nennt, auf, wenn er meint[3]):

> „Zum Wesen faktischer Macht über eine Sache gehört ... neben der Möglichkeit eigner Einwirkung auf dieselbe auch noch die weitere Möglichkeit, andere von solcher Einwirkung auszuschließen".

Dementsprechend ist Jhering beispielsweise der Ansicht, daß an abwesenden Grundstücken,[4]) an den saltus aestivi et hiberni und ebenso an Sommerwohnungen im Winter, wenn sie verlassen seien[5]), sowie an dem Wild, das sich in den gestellten Fallen gefangen habe,[6]) und an diesen Fallen selbst, ferner an einem Schiff, das im Winter leer im Hafen liege, an ausgeladenem, aber unbewachtem Sand und Holz auf dem Löschungsplatz[7]) und in ähnlichen Fällen keine „physische Herrschaft", keine „tatsächliche Gewalt" bestehe.

Dieser Begriff der tatsächlichen Gewalt deckt sich aber nicht mit dem, welcher Gesetz geworden ist. Denn es kann nicht zweifelhaft sein, daß Besitz auch nach heutigem Recht in all den genannten Fällen vorliegt. Nun ließe sich das ja in den

---

[1]) So Besitzschutz S. 181, 185, 199 u. a., Besitzwille S. 478.
[2]) Besitzschutz S. 181.
[3]) Sukzession S. 55.
[4]) Besitzschutz S. 181, Besitzwille S. 478.
[5]) Besitzschutz S. 185, Besitzwille S. 481.
[6]) Besitzschutz S. 196.
[7]) Besitzschutz S. 186.

Fällen, wo ein bereits bestehender Besitz fortgesetzt wird, obwohl keine physische Herrschaft im Sinne Jherings vorliegt, also etwa bei den Beispielen der abwesenden Grundstücke, der saltus aestivi, der Sommerwohnungen, zur Not durch die positive Bestimmung des § 856 Abs. 2 BGB. erklären. Diese Erklärung versagt aber für den Fall des Besitzerwerbs an anwesendem Wild. Hier liegt keine physische Herrschaft, wie sie Jhering bekämpft, vor. Trotzdem wird zweifellos an dem Wild Besitz erworben und darüber tatsächliche Gewalt im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs erlangt. Damit ist bewiesen, daß „tatsächliche Gewalt" im Gesetz ein weiterer Begriff ist als der von Jhering bekämpfte der „physischen Herrschaft" und „tatsächlichen Gewalt". Das hat Jhering auch selbst empfunden: Als der 1. Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich die tatsächliche Gewalt als Begriffserfordernis des Besitzes aufstellte, meinte Jhering[1]), wenn das Gesetz werde, so werde eine vernünftige Rechtsprechung nicht an dem Wort „tatsächliche Gewalt" haften, sich über den verfehlten Gesichtspunkt hinwegsetzen und Besitz auch da annehmen, wo er den Worten des Gesetzes nach ausgeschlossen sein müßte, indem sie sich sage: Das Gesetzbuch hat zwar dies gesagt, aber ein anderes gemeint. Davon ist jedenfalls so viel richtig, daß der Begriff tatsächliche Gewalt im Bürgerlichen Gesetzbuch über den von Jhering in erster Linie bekämpften hinausgeht. Dieser von Jhering und seinen Anhängern bekämpfte Begriff ist eben im wesentlichen der von Savigny aufgestellte. Soweit sich Jhering, Strohal und Pininski auch gegen die von Späteren verfochtene Herrschaftstheorie richten, handelt es sich zunächst nur um einen Wortstreit, nämlich darum, ob man das Besitzcorpus in bestimmten Fällen als tatsächliche Gewalt bezeichnen dürfe.[2]) Damit soll natürlich nicht geleugnet werden, daß dieser Wortstreit tiefere Gründe hat. Gerade weil er sie hat und nur insofern er sie hat, kommen die Theorien Jherings und seiner Anhänger hier in Betracht. Sie müssen daher besprochen werden.

Bei dieser Besprechung scheidet nach dem Gesagten natürlich alles aus, was nur auf den Wortstreit Bezug hat. Denn der Wortstreit ist durch das Gesetz klar entschieden. Es wird deshalb im folgenden zwischen den Begriffen „Besitzcorpus"

---

[1]) Besitzwille S. 479, 490, 491.

[2]) Jhering, Besitzschutz S. 181/82, Besitzwille S. 478; Strohal, Sukzession S. 53; Pininski Bd. 1 S. 42ff., 52f., 55f.

(im Sinn eines Zustands[1]) und „tatsächliche Gewalt“ kein Unterschied gemacht, das Wort „tatsächliche Gewalt“ aber auch nur im Sinn des Gesetzes angewendet und nicht mehr synonym mit „physischer Herrschaft“, „faktischer Herrschaft“, „körperlicher Inhabung“, „faktischer Macht“. Diese Worte sollen vielmehr nur in dem von Jhering und seinen Anhängern gebrauchten Wortsinn verwandt werden.

Im folgenden ist zuerst die Ansicht Jherings selbst, sodann sind die von seinen Anhängern vorgenommenen Modifikationen zu besprechen.

I. Der Grundgedanke der Schrift Jherings über den Grund des Besitzschutzes ist der, daß der Besitz nicht aus sich selbst heraus juristisch bedeutungsvoll sei, sondern daß seine juristische Bedeutung nur eine reflektierte, und zwar vom Eigentumsrecht reflektierte sei. Demgemäß sei der Besitz auch nicht aus sich zu erklären, sondern allein auf dem Umweg über das Eigentum. Der Besitz (das kann aber nur bedeuten das Besitz corpus,[2]) also die „tatsächliche Gewalt“) sei demgemäß zu definieren als die Tatsächlichkeit, als die Sichtbarkeit des Eigentums, und Besitzer sei, wer eine Sache behandle wie ein normaler Eigentümer. Wenn Jhering den Begriff der Tatsächlichkeit des Eigentums dann als denjenigen normalen äußeren Zustand der Sache definiert, in dem sie ihre ökonomische Bestimmung erfülle, dem Menschen zu dienen, so läßt er die Beziehung zum Eigentum hierbei allerdings weniger hervortreten. Aber der ganze Zusammenhang seiner Schrift, die fortwährend auf das Verhalten des normalen Eigentümers verweist, ergibt klar, daß im Einzelfall die ökonomische Bestimmung der Sache, dem Menschen zu dienen, eben aus dem Verhalten eines normalen Eigentümers geschlossen werden soll.

Diese Beziehung zwischen Besitz und Eigentum kann — wenigstens für das heutige Recht — nicht als richtig anerkannt werden.

1. Der Besitz kann nur dann Tatsächlichkeit des Eigentums sein, wenn er zugleich vermutetes Eigentum ist.[3]) Denn wenn die Tatsächlichkeit des Eigentums juristische Bedeutung hätte ohne Rücksicht darauf, ob ein wirkliches Eigentumsrecht dahinter stünde oder wenigstens vermutet würde, so würde man nicht mehr eine vermutliche Eigentumsposition, sondern ein rein

---

[1]) Corpus bezeichnet im römischen Recht ja auch eine Handlung (als Teil des Besitzergreifungsaktes).

[2]) vgl. Goldschmidt, Verm. Schriften Bd. 1 S. 160.

[3]) Darauf hat zuerst Goldschmidt, Verm. Schriften S. 150 hingewiesen.

tatsächliches Phänomen, das mit dem Eigentumsrecht nichts mehr zu tun hätte, sondern nur zufällig der Eigentumsausübung gliche, mit besonderen Rechtsfolgen ausgestattet haben. Dies wäre nun allerdings keine gedankliche Unmöglichkeit. Nur wäre in diesem Fall die Beziehung des Besitzes zum Eigentum dermaßen rein äußerlich geworden, daß man nicht mehr sagen könnte, die juristische Bedeutung des Besitzes sei nur eine vom Eigentum reflektierte. Denn dann wäre die Tatsächlichkeit des Eigentums offenbar um ihrer selbst, nicht aber um des Eigentums willen, zum juristischen Faktor gemacht. Namentlich aber ließe sich der Gedanke Jherings nicht aufrechterhalten, daß der tiefste Zweck des ganzen Besitzrechtes eine Beweiserleichterung für den Eigentumsprozeß sei. Der Besitz muß also vermutetes Eigentum sein, wenn er die Tatsächlichkeit des Eigentums sein soll.

Zweifellos ist der Besitz aber im heutigen Recht sehr häufig nicht vermutetes Eigentum. Zunächst nicht im ganzen Immobiliarverkehr. Hier haben wir das Grundbuch. Nur der Grundbucheintrag (§ 891 BGB.), nicht aber der Besitz begründet eine Vermutung für das Grundeigentum. Trotzdem kann Besitz an Grundstücken bestehen, ja von den wenigen Besitzprozessen, die die Praxis kennt, handeln die meisten vom Grundbesitz.

Bei beweglichen Sachen wird zwar in der Regel zugunsten des Besitzers vermutet, daß er Eigentümer sei (§ 1006 Abs. 1 BGB.). Aber auch das gilt durchaus nicht ausnahmslos. Nach heutigem Recht ist z. B. Besitz an wesentlichen Bestandteilen einer Sache möglich (§ 865 BGB.), etwa an einem verschlossenen Schrankfach oder an dem verschlossenen Fach des Hausbriefkastens. Für eine Eigentumsvermutung ist hier aber kein Platz. In allen Fällen ferner, in denen mehrere dieselbe Sache (aber nicht nach ideellen Anteilen) besitzen, kann die Eigentumsvermutung nicht zugunsten aller bestehen. So z. B. wenn von mehreren jeder einen Teil der Sache besitzt. Des weiteren auch (und dieser Fall ist der praktisch bedeutsamste) dann, wenn neben dem unmittelbaren ein mittelbarer Besitz besteht. Hier gilt nach positiver Bestimmung (§ 1006 Abs. 3 BGB.) die Vermutung nur für den mittelbaren Besitzer. Nichtsdestoweniger hat aber der unmittelbare Besitzer Besitz und alle übrigen Besitzrechte, und gerade die Tatsächlichkeit des Eigentums wird sich bei ihm viel mehr zeigen als beim mittelbaren Besitzer. Überhaupt gilt die Vermutung des § 1006 BGB. nur für den Eigenbesitzer, nicht für den Fremdbesitzer. Denn da an dem Besitz auch die Vermutungen des Nießbrauchs und des Pfandrechts geknüpft sind (§§ 1065, 1227 BGB.), das Gesetz aber darüber schweigt,

wann Eigentum, wann Nießbrauch und wann Pfandrecht zu vermuten sei, so kann Eigentum nur für den Eigenbesitzer vermutet werden, Nießbrauch und Pfandrecht nur für den, der „als Nießbraucher“ oder „als Pfandgläubiger“ besitzt.[1]) Mithin gilt die Eigentumsvermutung nicht für alle Fremdbesitzer (insbesondere auch nicht für Mieter, Entleiher, Gesellschafter, nicht für den kraft Güterrechts besitzenden Ehemann usw.),[2]) mögen sie selbst, wie z. B. der Finder, keinen mittelbaren Besitz über sich haben.

Ja auch für den Eigenbesitzer gilt sie nicht immer: dann nämlich nicht, wenn der Besitz erst während seines Bestehens aus Fremd- zu Eigenbesitz geworden ist,[3]) ferner nicht für den Ehemann, der Sachen, die ihrer Natur nach zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmt sind, im Eigenbesitz hat (§ 1362 Abs. 2 BGB.).

Damit dürfte erwiesen sein, daß Besitz und Eigentumsvermutung im heutigen Recht sich auch nicht entfernt decken, daß jedenfalls der tiefste Zweck des Besitzes nicht in einer Beweiserleichterung für den Eigentümer bestehen kann und daß man den Besitz auch nicht als Tatsächlichkeit des Eigentums bezeichnen darf (da diese die Eigenschaft des vermuteten Eigentums voraussetzt).

2. Daß Jherings Gedanke einer durch das Eigentum bestimmten relativen Bedeutung des Besitzes nicht aufrecht erhalten werden kann, läßt sich auch noch auf anderem Wege nachweisen: Diese Relativität zwischen Besitz und Eigentum kann nur bestehen, wenn mit ihr die „extensive Kongruenz“ [4]) Hand in Hand geht, d. h. es darf Besitz nur dort möglich sein, wo Eigentum möglich ist, anderseits muß Besitz überall da möglich sein, wo Eigentum möglich ist. Schon im römischen Recht fehlte es an dieser Kongruenz, da es dort Besitz an einem Freien gab.[5]) Wenn Jhering das damit erklären will, daß man keinem Menschen ansehen könne, ob er frei sei oder Sklave,[6]) so ist dem entgegenzuhalten, daß man auch einer Sache nicht ansehen kann, ob sie eine res religiosa ist oder nicht, trotzdem aber an einer res religiosa kein Besitz bestehen kann.[7]) Noch viel

---

[1]) Wolff, Sachenrecht § 22; Gierke, Fahrnisbesitz S. 33.

[2]) Wolff a. a. O.

[3]) s. dazu Wolff a. a. O. § 22 I.

[4]) Ausdruck Jherings, Besitzschutz S. 143, 145.

[5]) Goldschmidt, Verm. Schriften Bd. 1 S. 157, Studien zum Besitzrecht S. 74.

[6]) Besitzwille S. 472 N. 1.

[7]) Wenigstens nicht nach Jhering, Besitzschutz S. 154; vgl. dazu Goldschmidt, Verm. Schriften Bd. 1 S. 156.

weniger besteht die Kongruenz im heutigen Recht, in dem, wie gezeigt, der Sonderbesitz an wesentlichen Bestandteilen einer Sache ausdrücklich anerkannt ist. Wie soll man sich z. B. die Tatsächlichkeit des Eigentums an einem gemieteten Stockwerk vorstellen, wo doch ein Eigentum an diesem Stockwerk nicht bestehen kann.

3. Man könnte nun daran denken, die Tatsache zu berücksichtigen, daß das heutige Recht nicht mehr wie das römische als Regel den Eigenbesitz kennt, sondern neben diesen gleichberechtigt den Fremdbesitz gestellt hat. Demgemäß könnte man der Lehre Jherings folgende leichte Modifikation geben: Der Besitz (die tatsächliche Gewalt) ist zwar nicht die Tatsächlichkeit des Eigentums, wohl aber die Tatsächlichkeit des Rechtes auf den Besitz. Aber auch eine solche Auffassung wäre unhaltbar. Das Recht auf den Besitz ist häufig nur ein obligatorisches, also relatives Recht (Miete, Pacht, Leihe usw.); der Besitz aber wirkt absolut, und darin besteht gerade sein Hauptwert für den Fremdbesitzer. Es läßt sich nicht ersehen, warum ein Dritter die tatsächliche Ausübung eines Rechtes, das ihm gegenüber gar nicht besteht und dem er deshalb keinen Respekt schuldet, respektieren sollte. Namentlich aber ließe sich bei nicht rechtmäßigen Besitzern, insbesondere soweit sie Fremdbesitzer sind (z. B. Finder, fur usus), gar nicht feststellen, welches „Recht auf den Besitz“ es wäre, das sie tatsächlich ausübten.

Damit dürfte erwiesen sein, daß die Theorie Jherings von der tatsächlichen Gewalt als Tatsächlichkeit des Eigentums unhaltbar ist.

II. Zugleich steht fest, daß überhaupt eine relative Beziehung des Besitzes zum Eigentum im heutigen Recht nicht existiert, und daß mithin keine derjenigen Theorien mehr verwendbar ist, die den Besitz aus dem Eigentum erklären wollen. Also entfällt für uns auch die Grundidee Strohals, der die Erlangung der tatsächlichen Gewalt in der „faktischen auf Dauer veranlagten Ausübung des wesentlichen Eigentumsinhalts“ sieht.

III. Die Theorie Pininskis, die den Besitz (die tatsächliche Gewalt) als „das tatsächliche Dienen der Sache einer gewissen Person“ erklärt, steht der Jheringschen Theorie viel weniger nahe, als die Theorie Strohals. Tritt doch bei ihr der Grundgedanke Jherings vom Besitz als reflektiertem Eigentum völlig zurück. Was sie mit der Theorie Jherings gemeinsam hat, ist in der Hauptsache die Gegnerschaft zu Savigny. Indessen läßt sich mit Pininskis Theorie nicht viel anfangen; denn ob man sagt, eine Sache diene jemand oder

jemand beherrsche sie, habe sie in seiner tatsächlichen Gewalt, ist kein Unterschied.[1]) Pininskis Definition kann daher überhaupt nicht als solche gelten. Man kann auch nicht für sie anführen, daß der Begriff des Dienens einer Sache der natürlichen Anschauung verständlicher sei als der der Herrschaft der Person über die Sache. Denn gerade in Zweifelsfällen läßt auch die Definition Pininskis im Stich. Man denke z. B. an den Fall, daß der Fluß eine Brücke weggerissen hat, die den einzigen Zugang zu meinem Grundstück bildet.[2]) Man kann hier nicht sagen, daß das Grundstück mir noch dient; sollte ich aber wirklich den Besitz verloren haben? Ferner aber ist die genannte Definition Pininskis ebenso wie die andere, die er zuweilen bringt: Besitz sei die wirtschaftliche Verbindung einer Sache mit einer Person, deshalb unbrauchbar, weil hier in Wahrheit keine Erklärungen, sondern nur Bilder gegeben werden.[3]) Schon aus diesem Grund erscheint die Widerlegung im einzelnen, wie sie Hölder in seiner Kritik des Pininskischen Werkes vorgenommen hat,[4]) an dieser Stelle überflüssig. Den Hölderschen Ausführungen ist übrigens insoweit durchaus beizutreten.

IV. Die neuere Theorie Jherings, tatsächliche Gewalt sei das tatsächliche Verhältnis der Person zur Sache, welches durch den Zweck ihrer wirtschaftlichen Verwendung geboten sei,[5]) ist von seiner früheren Theorie nur scheinbar verschieden, wie ich bereits oben (S. 12) dargelegt habe. Im übrigen wäre es auch häufig unsinnig, nur deshalb den Besitz zu leugnen, weil eine Sache bestimmungswidrig verwandt wird, z. B. kostbare Bücher werden in einer Speisekammer aufbewahrt[6]) oder eine wertvolle antike Vase wird von ihrem Besitzer zertrümmert; dann hat er noch in diesem Augenblick Besitz.

Fassen wir das Ergebnis der obigen Ausführungen zusammen, so sehen wir, daß keine von den bisher aufgestellten Theorien über den Begriff des Besitzcorpus, der tatsächlichen Gewalt, für unser heutiges Recht brauchbar ist. Wir müssen also selbst eine neue Definition suchen.

---

[1]) So mit Recht Hölder in KrVJSchr. 1887 Bd. 29 S. 372.
[2]) Beispiel Jherings, Besitzschutz S. 169; Savigny S. 340.
[3]) Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 763 § 153 N. 8.
[4]) Hölder a. a. O. S. 371ff., 388ff.
[5]) Besitzwille S. 483.
[6]) Dernburg, Pand. § 178 N. 1. Die Bemerkung Jherings hiergegen (Besitzwille S. 481 Anm. 1) trifft nicht, jedenfalls nicht den folgenden im Text angeführten Fall.

§ 17.

E. Eigene Ansicht.

Ehe wir daran gehen können, aus dem Begriff der tatsächlichen Gewalt die einzelnen Elemente zu analysieren, müssen wir uns darüber klar werden, um was für eine Art Begriff es sich dabei handelt, ob um einen Zustand, eine Handlung oder nur um bestimmte vom Recht gesetzte Folgen einer Handlung.

M. E. ist der Begriff der tatsächlichen Gewalt ein Begriff zuständlichen Charakters. Die tatsächliche Gewalt ist ein Zustand, und wenn dieser Zustand auch nicht immer ohne weiteres sinnlich wahrnehmbar ist, so birgt er doch ein durchhaltendes Element in sich, das — mindestens dem Juristen — stets als solches erkennbar ist. Die tatsächliche Gewalt in diesem Sinn ist identisch mit dem Besitz.

Unrichtig ist die entgegengesetzte Annahme Bekkers,[1]) jeder, der einmal eine Handlung bestimmter Art — genannt Erlangung der tatsächlichen Gewalt — gesetzt habe, bleibe ohne weiteres so lange Besitzer, bis ein anderer gleichfalls bestimmt gearteter Vorgang ihn wieder außer Besitz setze, m. a. W.: der Besitz sei kein Zustand, sondern die Rechtsfolge einmal erlangter tatsächlicher Gewalt. Für die Richtigkeit dieser Ansicht beruft sich Bekker auf den Wortlaut des § 854 Abs. 1 BGB.: „Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben". Wären Besitz und tatsächliche Gewalt identisch, so ergäbe sich, meint Bekker, die „bodenlose Trivialität": „Die tatsächliche Gewalt über eine Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben". Diese Ausführung ist unrichtig. Bekker verkennt die Bedeutung der Vorschrift des § 854 Abs. 1. Diese ist nämlich in Wahrheit in erster Linie nicht ein berechtigender Rechtssatz (ein Rechtssatz aus dem sich unmittelbar irgendwelche Berechtigungen für irgendwen ergeben), sondern ein begriffsentwickelnder Rechtssatz[2]) und will daher eine Definition des Begriffes Besitz geben.[3]) Bei jeder Definition sind der erklärte und der erklärende Begriff selbstverständlich identisch,

---

[1]) In Bernhöfts und Binders Beiträgen zur Auslegung des BGB. Heft 1 (Leipzig 1902) S. 16. Vgl. dazu seine Anschauungen zum römischen Recht (oben § 10).

[2]) „Berechtigend" und „begriffsentwickelnd" im Sinne Thöls (Einl. in das deutsche PrivR. S. 101).

[3]) Ähnlich Rohde, Studien im Besitzrecht 1. Abschn., Düsseldorf 1909, S. 44.

daher muß sich eine „bodenlose Trivialität“ ergeben, wenn man den erklärten Begriff durch den erklärenden ersetzt. Das spricht aber natürlich nicht gegen die Richtigkeit des die Definition enthaltenden Satzes. Mit der hier vertretenen Anschauung über den Inhalt des § 854 Abs. 1 verträgt sich auch der 2. Absatz dieser Vorschrift, wie in § 18 dieser Arbeit nachgewiesen werden wird.

Aber sollte Abs. 1 selbst als berechtigender Rechtssatz aufzufassen sein, so könnte man deshalb Bekker trotzdem nicht zustimmen. Denn nach § 856 BGB. wird der Besitz dadurch beendigt, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in anderer Weise verliert. Verlieren kann man nur etwas, was man hat. Mithin muß der Besitzer vom ersten bis zum letzten Augenblick die tatsächliche Gewalt haben. Folglich ist Voraussetzung für das Dasein des Besitzes das fortdauernde Vorhandensein der tatsächlichen Gewalt und nicht nur die einmal geschehene Tatsache ihrer Erlangung. Dem widerspricht auch nicht, daß nach § 856 Abs. 2 durch eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt der Besitz nicht beendigt wird. Man muß nämlich unterscheiden zwischen dem Haben der Gewalt und ihrer Ausübung, ein Unterschied, der sich z. B. auch in dem Fall der Besitzdienerschaft findet und über den an anderer Stelle [1]) noch ausführlicher zu reden sein wird.

Die tatsächliche Gewalt ist also ein Zustand.

Welches sind nun im einzelnen die Merkmale dieses Zustandes? Wir haben gesehen, daß die bisher aufgestellten Theorien als Ganzes für uns nicht verwendbar sind. Trotzdem enthalten sie manchen brauchbaren Gedanken. So steckt insbesondere in der Savignyschen Lehre der Ausschließungsmöglichkeit ein richtiger Kern. Was Savigny dazu bewog, die Ausschließungsmöglichkeit zum Erfordernis des Besitzes zu stempeln, war wohl folgende Gedankenreihe, die er allerdings nur unbewußt empfunden, nicht klar durchgedacht haben dürfte. Indem das Recht den Besitz schützt, zeigt es, daß es ihn von allen Nichtbesitzern respektiert, daß es also die Einwirkungen Dritter ausgeschlossen sehen will. Eine derartige Ausschließung liegt nun sicher dann vor, wenn Einwirkungen Dritter überhaupt unmöglich sind. Daher nahm Savigny in früheren Auflagen seines Werkes [2]) eben diese Unmöglichkeit der Einwirkung Dritter in den Besitz-

---

[1]) s. unten § 19.
[2]) z. B. 5. Aufl. S. 2.

begriff auf, während er später, weil mit dieser Ansicht die Verletzung des Besitzes unvereinbar sei,[1]) nur die Ausschließungsmöglichkeit des Besitzes forderte. Und das Vorhandensein einer solchen Ausschließungsmöglichkeit böte ja tatsächlich eine nicht geringe Gewähr dafür, daß Dritte den Besitz respektierten; sie würden sich sagen: Der Besitzer kann uns ausschließen, also wird er es tun. Und doch konnte man dieses Erfordernis nicht aufstellen, weil dann der Wert des Besitzes gleich Null geworden wäre, da man seine Sachen doch nicht in jedem Augenblick bewachen kann. Andererseits besteht auch nach einem derartigen fast absoluten Besitzschutz gar kein Bedürfnis. Es reicht nicht aus, wenn der Besitz im regelmäßigen Lebensverkehr respektiert wird, wenn seiner Realisierung aller Wahrscheinlichkeit nach keine fremde Übermacht im Wege steht.[2]) Die tatsächliche Gewalt unterstellt daher ein solches Verhältnis zwischen dem Besitzer und der Sache, daß die Gefahr ausscheidet, es möchten Dritte sich so zwischen den Besitzer und die Sache stellen, daß sie diejenigen Verfügungen hindern, die dem Besitzer belieben. Entscheidend für die Annahme des Vorhandenseins dieser Gefahr ist das Durchschnittsurteil aller, die Verkehrsanschauung, daß es weiterer Schutzmaßregeln nicht bedürfe.[3]) Daher genügt im allgemeinen einerseits (und ist andererseits auch erforderlich)[4]) die bloße Erkennbarkeit des Besitzes,[5]) sogar wenn der Dritte sich ohne weiteres nicht darüber klar werden kann, wem der erkennbare Besitz zusteht; es findet dann eine „Respektierung zugunsten dessen, den es angeht“[6]) statt. Diese erfahrungsgemäße Respektierung hat verschiedene Ursachen, insbesondere auch solche „idealer“ Natur[7]) (Furcht vor einem Konflikt mit dem Rechte, der Sitte, der Moral) neben rein materiellen (Furcht vor körperlicher Gewalt des Besitzers), aber all diese Beweggründe können naturgemäß erst ausgelöst werden, wenn dem Dritten das Vorhandensein des Besitzes zum Bewußtsein kommt, erkennbar wird. In der objektiven Erkennbarkeit haben wir also ein Begriffsmerkmal der tatsächlichen Gewalt zu erblicken.

---

[1]) 7. Aufl. S. 26 N. 1.
[2]) Das verlangt auch Randa S. 3.
[3]) Rotering, Aus der Lehre vom Besitz, im ArchBürgR. Bd. 27 S. 56.
[4]) Stets! Dasselbe gilt für die Publizitätsfunktion des Besitzes.
[5]) Auf ihre Bedeutung hat zuerst Jhering (Besitzschutz S. 180 f.) hingewiesen.
[6]) Ausdruck Heymanns (Die dingliche Wirkung der handelsrechtlichen Traditionspapiere) S. 154.
[7]) Jhering, Besitzschutz S. 182; Pininski S. 41.

Haben wir dieses Merkmal aus einem Eingehen auf die Gedanken gewonnen, die der Lehre Savignys zugrunde liegen, so können wir viel mehr noch aus der Theorie Jherings entnehmen, wenngleich wir die Beziehung des Besitzes zum Eigentum grundsätzlich unbedingt leugnen mußten. Jhering hat zuerst auf die wirtschaftliche Seite des Besitzes hingewiesen, und von dieser müssen wir ausgehen. Die Dinge der Außenwelt haben für uns nur in einer ganz bestimmten Richtung einen ökonomischen Wert. Worin dieser besteht, das sehen wir am besten daraus, welche Befugnisse unsere Rechtsordnung demjenigen verleiht, dem sie ökonomische Ausbeutung der Sache in weitestem Maße zubilligt, nämlich dem Eigentümer. Der ökonomische Wert[1]) des Eigentums besteht für den Eigentümer darin, daß er die Sache benutzen, und daß er sie verwerten darf. Wenn nun jemand eine Sache nicht nur haben darf, sondern sie tatsächlich hat, dann hat sie für ihn gleichfalls diesen doppelten Wert: er kann sie tatsächlich benutzen, und er kann sie tatsächlich verwerten (ganz gleichgültig ob er es darf), mit einem Wort: er kann sie jederzeit verwenden.

Wir definieren daher die tatsächliche Gewalt, indem wir sie vom Standpunkt der Sache aus betrachten als den Zustand, in dem eine Sache verwendungsbereit erscheint.[2])

Ob der Besitzer die Sache zu ihrem naturgemäßen wirtschaftlichen Zweck verwendet, ja nur verwenden kann, das muß völlig gleichgültig sein.[3]) Ein Automobil hat zweifellos wirtschaftlich den Zweck der schnellen Weiterbeförderung; hat es einen Defekt erlitten, so daß der Fahrer in das eine halbe Stunde entfernte Dorf gehen muß, um die zur Reparatur nötigen Utensilien zu holen, so dient es zweifellos weder während dieser Zeit noch während der Reparatur seinem wirtschaftlichen Zweck. Trotzdem kann m. E. der Besitz daran nicht in Frage gestellt werden, und zwar auch nicht für die Zeit, in der er in das Dorf geht, das Auto also allein auf der Landstraße steht. Denn jeder, der das Auto sieht, wird sich sagen, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt über dieses Auto nicht aufgegeben hat, sondern nur momentan an ihrer Ausübung verhindert ist. Der Besitz bleibt also erkennbar, und zwar dadurch erkennbar, daß das Auto verwendungsbereit erscheint.

---

[1]) Vom idealen Wert ist hier nicht zu sprechen.

[2]) So zuerst Leonhard (in Birkmeyers Enzykl. 2. Aufl., Berlin 1912) S. 122.

[3]) Dies gegen Jhering, Besitzwille S. 478; Pininski Bd. 1 S. 130ff.

Wann im einzelnen eine Sache verwendungsbereit erscheint, das muß der Auffassung des Lebens überlassen bleiben. Denn, wie zuerst Jhering erkannt hat, bedarf die Definition des Besitzes einer variablen Größe, um allè Fälle zu decken. Und wenn auch vorhin die Auffassung des Lebens als alleiniger Maßstab für das Vorliegen des Besitzes, wie es der Theorie Goldschmidts entspricht, scharf bekämpft wurde, so hat sie doch hier ihren Platz. Denn über den Begriff der tatsächlichen Gewalt macht sich das tägliche Leben keine Gedanken, die Frage aber, ob eine Sache verwendungsbereit erscheint, kann es beantworten.

Der hier gegebenen Definition der tatsächlichen Gewalt entspricht es, daß die Anforderungen, die an sie zu stellen sind, je nach der übrigen Sachlage durchaus verschieden sein können. So schadet im allgemeinen eine gewisse nicht allzu große Entfernung der Person von der Sache nichts. Man behält z. B. den Besitz an Büchern, auch wenn diese auf den Boden geschafft sind. Noch weniger schadet es dem Besitz, wenn der Besitzer eines Hauses oder Grundstücks sich entfernt, da hier mit einer Okkupation durch Fremde kaum zu rechnen ist, daher der Zustand der Verwendungsbereitschaft fortdauert.

Ferner ist Jhering, Strohal und Pininski darin zuzustimmen, daß zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt bei gewaltsamer Besitzergreifung, überhaupt bei Okkupation, mehr gehört als zu demjenigen Besitzerwerb, der im Einverständnis mit dem Vormann erfolgt. Dies deshalb, weil die Auffassung des Lebens davon ausgeht, daß am Besitz einer Sache in erster Linie der bisherige Besitzer interessiert ist; wenn er der Verwendung der Sache durch einen anderen nichts in den Weg legt, so kann die Sache als zur Verwendung durch diesen anderen bereits bezeichnet werden,[1]) vorausgesetzt, daß das äußere Ansehen des Besitzes irgendeines Menschen gewahrt bleibt. Ob man in solchen Fällen des Besitzerwerbs im Einverständnis mit dem bisherigen Besitzer von einer Sukzession in den Besitz reden will, wie es Strohal für das gemeine Recht zuerst getan hat,[2]) das ist m. E. nur eine Frage des Geschmacks. Dem Standpunkt des Gesetzes dürfte es allerdings entsprechen, eine solche Sukzession anzunehmen. Denn einmal — dies das stärkste Argument — nimmt das Gesetz in § 857 BGB. einen Übergang des Besitzes auf den Erben an, sodann aber redet es von „Nachfolger im Besitz“ (§ 858), „Rechtsvorgänger“ des Besitzers

[1]) Jhering, Besitzschutz S. 202.
[2]) vgl. aber auch Cosack, Der Besitz des Erben, Weimar 1877.

(§ 861), von „Einigung“ als Besitzerwerbsgrund (§ 854 Abs. 2). Im übrigen ist zu bemerken, daß der Frage, ob man Sukzession annehmen will oder nicht, im heutigen Recht keine praktische Bedeutung zukommt. Denn wenn man bei Einverständnis des bisherigen und des zukünftigen Besitzers erleichterten Besitzerwerb annimmt, so sind die Voraussetzungen, die an dies Einverständnis zu knüpfen sind, von der Annahme oder Ablehnung einer Sukzession ganz unabhängig. Das Einverständnis wird, um innerhalb der Rechtssphäre in Betracht zu kommen, die Anforderungen erfüllen müssen, die an einen Vertrag gestellt werden, und wie ein solcher zu behandeln sein, also insbesondere der Anfechtung unterliegen.

Beim Besitzerwerb, der unabhängig vom Willen des bisherigen Besitzers erfolgt, müssen, wie ausgeführt, höhere Anforderungen an die tatsächliche Gewalt geknüpft werden. Von diesem Standpunkt aus sind alle die Beispiele der römischen Quellen verständlich. Es kommt stets darauf an, ob sich die Sache in einem Zustand befindet, der sie einer vernünftigen Lebensauffassung als verwendungsbereit erscheinen läßt. Wir können uns dafür auf die Ergebnisse stützen, die Goldschmidt zutage gefördert hat; denn unsere Ansicht unterscheidet sich von der seinen nur dadurch, daß sie den Begriff der tatsächlichen Gewalt nicht als Elementarbegriff betrachtet, sondern ihn noch weiter auflöst.

Im einzelnen ist zu bemerken: Zum Bestehen einer tatsächlichen Gewalt ist durchaus nicht immer die unmittelbare Anwesenheit des Besitzers bei der Sache notwendig. Sie kann namentlich dann fehlen, wenn besondere Anstalten vorhanden sind, die auf den Willen schließen lassen, Besitz zu erwerben, wie Fallen, Schlingen, Gruben im Wald zum Fangen des Wildes, Briefkästen am Haus, aber auch ganz entfernt vom Hause, z. B. die Briefkästen der Anwälte auf dem Gericht, ferner aber auch das ganze Haus.

An die Erlangung der tatsächlichen Gewalt sind im allgemeinen größere Anforderungen zu stellen als an ihre Behauptung, wie schon Savigny erkannt hat. Dies gilt aber natürlich nach den obigen Ausführungen nur für diejenige Erlangung, die sich ohne den Willen des früheren Besitzers vollzieht; die „Sukzession in den Besitz“ ist nur als Behauptung desselben Besitzes durch eine andere Person aufzufassen.

Was die Besitzbehauptung angeht, so ist das Haben der tatsächlichen Gewalt von der Ausübung der tatsächlichen Gewalt zu unterscheiden. Das Haben der tatsächlichen Gewalt ist dasjenige Verhältnis zu der Sache, in welchem sie sich im Zustand

der Verwendungsbereitschaft befindet, die Ausübung dagegen ist diese Verwendung selbst. Man kann die tatsächliche Gewalt haben, ohne sie auszuüben. Das erkennt das Gesetz deutlich an, indem es von einer Ausübung der tatsächlichen Gewalt durch einen anderen spricht (§ 855 BGB.) und indem es eine bloß momentane Verhinderung in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt der Fortdauer des Besitzes und damit der tatsächlichen Gewalt nicht entgegenstehen läßt (§ 856 Abs. 2 BGB.). So hat die tatsächliche Gewalt z. B. der Besitzer eines Ackers, auch wenn er von ihm entfernt ist, er übt sie dagegen aus, wenn er den Acker bestellt.

Es fragt sich nun noch weiter, ob auch der Wille, zu besitzen, ein Begriffsmerkmal der tatsächlichen Gewalt ist. Die Beantwortung dieser Frage hängt zum Teil von der Vorfrage ab, ob zu dem Besitz außer der tatsächlichen Gewalt, nicht als Begriffselement der tatsächlichen Gewalt, sondern als ein ihr koordiniertes Begriffsmerkmal des Besitzes, noch ein besonderer animus possidendi gehört. Diese Vorfrage ist m. E. mit der herrschenden Meinung[1]) zu verneinen. Denn ubi lex non distinguit, nec nostrum est distinguere. Das Gesetz hat — im Gegensatz zum 1. Entwurf, also absichtlich — das Erfordernis des Besitzwillens im technischen Sinne nicht aufgestellt, und das ist m. E. für uns bindend. Nichtsdestoweniger bleibt aber die Frage bestehen,[2]) ob vielleicht zum Begriff der tatsächlichen Gewalt selbst ein Willensmoment gehört, mit anderen Worten: ob die vernünftige Lebensauffassung den Zustand der Verwendungsbereitschaft der Sache auch dann annimmt, wenn der Besitzer gar nicht den Willen zur Verwendung hat. Diese Frage, die im Rahmen dieser Arbeit nur gestreift, nicht eingehend erörtert werden kann, ist nicht für alle Fälle einheitlich zu beantworten. Was zunächst den Besitzerwerb angeht, so gibt es zweifellos Fälle, wo Besitz ohne Besitzwillen erworben wird. Z. B. ich habe in meine Brieftasche irrtümlich fremde Papiere gesteckt, von denen ich nichts weiß,[3]) oder ein anderer hat sie mir hineingesteckt; Freunde, bei denen ich einige Zeit gewohnt habe, legen mir heimlich als Abschiedsgeschenk ein seltenes Buch, das ich mir lange gewünscht habe, in den Koffer, und ich reise mit ihm weg. In den Schlingen, die ich im Wald aufgestellt habe, fängt sich Wild. M. E. habe ich in all diesen Fällen Be-

---

[1]) z. B. Strohal, Sachbesitz S. 66. Wegen der Begründung muß auf Strohal und seine Anhänger verwiesen werden.

[2]) Strohal a. a. O. S. 67.

[3]) Beispiel Strohals a. a. O. S. 67.

sitzt erlangt, obwohl der Besitzwille fehlte. Bei dem letzten Beispiel könnte man allenfalls an einen antezipierten Besitzwillen denken (obwohl auch das eine erkünstelte Konstruktion wäre), bei den übrigen versagt diese Erklärung.

In anderen Fällen wieder wird man zum Besitzerwerb einen darauf gerichteten Willen verlangen: Vor dem Haus, das ich nebst anderen Mietsparteien bewohne, ist Holz abgeladen worden; zweifellos für eine der Mietsparteien; Besitz hat aber nur diejenige erworben, die es wollte. Auf ein Grundstück ist ein Hut geflogen; der Besitzer des Grundstücks hat noch nicht ohne weiteres den Besitz an dem Hut erworben, wie § 867 zweifelsfrei ergibt, sondern er muß seinen Erwerbswillen betätigen. Der Unterschied zwischen diesen letzteren Beispielen und den im vorigen Absatz genannten besteht in folgendem: Bei jenen ist dem außenstehenden Dritten ohne weiteres klar nicht nur, daß irgendein Besitz besteht, sondern auch, mit Beziehung auf wen er besteht, wer Besitzer ist. Der Besitzer braucht daher nicht noch die subjektive Beziehung zur Sache durch den Besitzwillen herzustellen. Bei den Fällen der zweiten Art dagegen erhellt nicht ohne weiteres, wer Besitzer ist, sondern da mehrere Personen der Sache gleich nahe stehen, bezieht die vernünftige Lebensauffassung, das allgemeine Bewußtsein, den Zustand der Verwendungsbereitschaft nur auf denjenigen, der den Besitzwillen hat. Mit anderen Worten: wenn schon die äußere Lage der Sache, und zwar nicht in geographischem,[1]) sondern im wirtschaftlichen Sinn, klar auf eine bestimmte Person als Besitzer hinweist, so ist kein besonderer Wille mehr zum Besitzerwerb nötig.[2]) Mit dieser Auffassung steht auch § 867 BGB. nicht in Widerspruch. Der rechtspolitische Zweck dieser Vorschrift ist folgender[3]): Geraten Sachen auf ein fremdes Grundstück, so könnte sie ihr Besitzer weder mit der Eigentums- noch mit der Besitzklage zurückverlangen, da der Grundstücksbesitzer keinen Besitz an ihnen erlangt hat und daher zu den genannten Klagen nicht passiv legitimiert wäre. Mithin mußte das Gesetz einen besonderen Abholungsanspruch schaffen. § 867 ergibt daher nur, daß ein Grundstücksbesitzer nicht schon allein infolge des Besitzes am Grundstück den Besitz an den auf dem Grundstück befindlichen Sachen erwirbt. Die Möglichkeit, daß er daran ohne weiteres durch das bloße Vorhandensein auf dem Grund-

---

[1]) Wie Bekker in JheringsJ. Bd. 34 S. 28ff. meint.

[2]) So insbesondere Burghoff, Der Besitzwille, Greifswalder Diss. 1900, S. 42ff.

[3]) Mot. Bd. 3 S. 297; Prot. Bd. 3 S. 166; Denkschr. S. 121.

stück Besitz erwirbt, ist mit dem Wortlaut und Sinn des § 867 wohl vereinbar. Ob solcher Besitzerwerb eintritt, hängt von der Art der Sache und der Art und Verwendung des Grundstücks ab. Gerät z. B. ein Huhn in fremdes Hühnervolk,[1]) so weist seine äußere wirtschaftliche Lage auf einen ganz bestimmten Besitzer hin — den des Hühnervolks —; dieser ist daher Besitzer des fremden Huhnes geworden. Entsprechendes dürfte für angetriebenes Schwemmholz gelten.[2]) Schließt man sich dieser Ansicht an, so kommt auch der rechtspolitische Gedanke des § 867 nicht zu kurz, da in den Fällen des Besitzerwerbs durch bloßes Gelangen auf das Grundstück trotzdem der bisherige Besitzer den Abholungsanspruch behält; denn dieser setzt nicht voraus, daß an der Sache kein Besitz erworben sei, sondern nur, daß sie nicht in Besitz genommen sei,[3]) mit anderen Worten: nicht, daß keine tatsächliche Gewalt über die Sache bestehe, sondern nur, daß sie nicht ausgeübt werde.

Im vorigen war vorzugsweise vom Besitzwillen beim Erwerb des Besitzes die Rede; zur tatsächlichen Gewalt bei Fortdauer des Besitzes wird man im allgemeinen das Bestehen eines positiven Besitzwillens nicht verlangen können, sondern nur das Fehlen eines negativen,[4]) und auch dies nur in den Fällen, wo auch zum Besitzerwerb ein Wille nötig ist.

Es fragt sich weiter, ob die tatsächliche Gewalt durch bloße Aufgabe des Willens aufgegeben werden kann. Die Frage ist für die Fälle zu verneinen, wo das spätere Handeln oder die äußere Lage der Sache einem solchen Willen widerspricht, dagegen für die Fälle zu bejahen, wo erst der Wille die Beziehung eines äußeren Besitztatbestandes auf eine bestimmte Person rechtfertigt.

Es bleibt noch übrig, die gefundenen Gesichtspunkte auf einige Fälle praktisch anzuwenden.

Der Straf- oder Untersuchungsgefangene bleibt im Besitz der in seiner Wohnung befindlichen Sachen, es sei denn, daß ein anderer den Besitz daran okkupiert.

Der Konkursverwalter erwirbt Besitz an den zur Konkursmasse gehörigen Sachen erst, wenn er den Willen dazu hat und dies äußert. Der oben S. 34 erwähnte Fall der Touristen ist

---

[1]) Beispiel Burghoffs a. a. O. S. 45.

[2]) Burghoff a. a. O.; and. A. Strohal, Sachbesitz S. 67.

[3]) So Burghoff a. a. O. S. 47. Auf den begrifflichen Unterschied zwischen dem Besitzerwerb und Inbesitznehmen hat zuerst Biermann, Sachenrecht 1. Aufl. S. 16 hingewiesen.

[4]) Unter negativem Besitzwillen verstehe ich dabei den Willen, die Sache nicht zu besitzen.

dahin zu entscheiden, daß der Besitz an den Rucksäcken fortdauert, denn sie erscheinen noch zur Verwendung bereit, wenn auch nicht zur sofortigen Verwendung.

Die bloße Abrede, der Besitz solle übergehen, wird im allgemeinen, wenn die Sache noch in der Wirtschaftssphäre des bisherigen Besitzers bleibt, zur Übertragung des Besitzes nicht genügen[1]) (außer im Fall des § 854 Abs. 2 BGB.). Auch das bloße Signieren ist nicht geeignet, Besitz zu übertragen, denn das Signieren deutet nur das Eigentum oder den Eigentumswillen an, nicht den Zustand tatsächlicher Verwendungsbereitschaft.

Ebensowenig erhalte ich Besitz an einer Sache dadurch, daß mir gewisse Nutzungsbefugnisse eingeräumt werden, wie Bergbaurecht oder die Befugnis, mir Obst aus einem Garten zu holen usw. Dem praktischen Leben sind derartige Befugnisse nichts Seltenes; es weiß, daß damit im Regelfall eine weitergehende Verwendung der Sache nicht bezweckt und verbunden ist.[2])

Der Besitz an Sachen, die sich unter Verschluß befinden, wird dadurch übergeben, daß der den Zugang vermittelnde Schlüssel übergeben wird.[3]) Wie, wenn der Übergebende dabei noch selbst einen Schlüssel behält?[4]) Dann kommt es m. E. nur darauf an, ob der Erwerber des Besitzes von dem Vorhandensein des anderen Schlüssels etwas weiß. Weiß er nichts davon, so muß er als Besitzer gelten, die Sache ist dann als zur Verwendung durch ihn bereit anzusehen. Weiß er davon, so kann er nicht als Besitzer gelten, weil die Sache zur Verwendung durch den anderen ebenso bereit erscheint. Anders nur, wenn — was auch stillschweigend geschehen kann — vereinbart ist, der andere dürfe von seinem Schlüssel keinen Gebrauch machen; dann braucht mit der Gefahr, daß der andere vertragsbrüchig werde und den Schlüssel doch benutze, nicht mehr gerechnet zu werden. Daß der Besitz übergeht, wenn der Übertragende selbst von dem Vorhandensein eines anderen Schlüssels bei der Übergabe nichts weiß,[5]) bedarf keiner längeren

---

[1]) Ebenso OLG. Jena in SeuffArch. Bd. 13 Nr. 296 (für das gemeine Recht); RG. VII 96/08 (Urteil v. 8. 1. 1909), nach Angabe des Komm. z. BGB. von B. Wolf hier zitiert.

[2]) Zum gleichen Ergebnis kommt das Reichsgericht im Recht 1902 S. 125.

[3]) Zum gleichen Ergebnis kommt RG. Bd. 40 S. 223 für das preußische Recht; vgl. auch OLGRspr. Bd. 2 S. 334 (Stettin).

[4]) vgl. dazu RG. Bd. 37 S. 33. Im einzelnen kann ich mich mit dieser Entscheidung wegen der Verschiedenheit der Ausgangspunkte hier nicht beschäftigen.

[5]) RG. in GruchotsBeitr. Bd. 48 Beilageheft S. 957; OLGRspr. Bd. 8 S. 195 (beide offenbar denselben Fall betreffend).

Auseinandersetzung. Der Besitz an Sachen, die sich in einem beweglichen Behältnis, z. B. in einem Koffer befinden, geht durch Übergabe des Behältnisses über, auch wenn es verschlossen ist.[1])

Bei der Safemiete halte ich es für richtig, Alleinbesitz des Safemieters (Bankkunden) anzunehmen. Der Inhalt des Safes erscheint dem Verkehr als zur Verwendung durch den Kunden bereit, trotzdem er nur den einen Schlüssel hat, mit dem allein der Safe nicht geöffnet werden kann.[2]) Denn infolge der vertraglichen Bindung kann nicht damit gerechnet werden, daß der Bankier der Bitte des Kunden, den Safe zu öffnen, nicht nachgeben werde.

Folgenden Fall hat das Reichsgericht[3]) zweifellos im Ergebnis richtig entschieden: Der Pfandgläubiger hatte zwecks Verpfändung gewisser Sachen den Schlüssel zu dem Raum erhalten, in welchem sich die Pfandgegenstände befanden, und diesen Schlüssel hatte er der Vereinbarung gemäß dem Buchhalter des Verpfänders als Pfandhalter übergeben. Letzterer legte die Schlüssel vereinbarungsgemäß in den Kasten, in dem sie auch vor der Verpfändung gelegen hatten, so daß die Angestellten des Verpfänders, ohne etwas von dem Vorgefallenen zu merken, den Schlüssel holen und sich so den Zutritt zu dem betreffenden Raum und damit zu den Pfandgegenständen wie früher verschaffen konnten und verschafften. Das Reichsgericht hat hier keine gültige Verpfändung angenommen, weil der Besitz nicht übergegangen sei. Mit Recht. Der Zustand der Verwendungsbereitschaft konnte hier nie auf den Pfandgläubiger bezogen werden, auch nicht bei Berücksichtigung aller Umstände, mag auch der Pfandgläubiger vielleicht den Besitzwillen oder wenigstens den Verpfändungswillen gehabt haben. Denn der Zustand der Verwendungsbereitschaft mußte von jedem Dritten ohne weiteres auf eine bestimmte Person, nämlich den Verpfänder bezogen werden; daher kam es auf einen etwaigen Besitzwillen gar nicht mehr an.

Bemerkt sei noch, daß es nicht möglich ist, aus der hier gegebenen Definition der tatsächlichen Gewalt in jedem einzelnen Fall mit absoluter Sicherheit zu schließen, ob tatsächliche Gewalt vorliegt oder nicht. Das ist schon deshalb nicht möglich, weil das eine der Elemente des Begriffs die vernünftige Lebens-

---

[1]) vgl. RGSt. Bd. 35 S. 115.

[2]) Im Ergebnis ebenso Heinrici in GruchotsBeitr. Bd. 44 S. 829; Wilutzky in DJZ. 1900 S. 295; and. A. Hanke in DJZ. 1900 S. 389; Wolff in JheringsJ. Bd. 44 S. 150 N. 15; Biermann (Sachenrecht 2. Aufl) Erl. 1 zu § 866.

[3]) RGZ. Bd. 66 S. 262ff. (= JW. 1907 S. 141).

auffassung bildet. Es besteht aber auch gar kein Bedürfnis nach einer derartigen absoluten Norm, denn nur da, wo die Besonderheit des Einzelfalls berücksichtigt werden kann, ist stets eine der Billigkeit entsprechende Entscheidung zu erwarten.

§ 18.

F. Die Vorschrift des § 854 Abs. 2 BGB.

Es ist noch zu prüfen, ob und wie die Vorschrift des § 854 Abs. 2 BGB. mit der hier gegebenen Definition der tatsächlichen Gewalt zu vereinigen ist. Dazu müssen wir zunächst feststellen, wie sich Abs. 2 zu Abs. 1 verhält. M. E. ist Abs. 2 als Erläuterung von Abs. 1 aufzufassen und will besagen: Als Erlangung der tatsächlichen Gewalt genügt die Einigung dann, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben, wenn also (rein äußerlich betrachtet) der bisherige Besitzer und der Erwerber gleich nahe bei der Sache sind. Diese Auslegung paßt sehr gut zu dem, was im vorigen Paragraphen über den Besitzwillen ausgeführt wurde: Sind zwei Leute gleichnahe bei einer Sache und läßt der äußere Zustand nicht erkennen, wer der Besitzer ist, so kann, wie ausgeführt, nur der als Besitzer gelten, der den Besitzwillen hat. Gerade die Einigung bedeutet aber, daß nunmehr der bisherige Besitzer seinen Besitzwillen aufgibt und der Erwerber den Besitzwillen faßt. Letzteres allein würde zum Besitzerwerb nicht genügen; denn solange noch der bisherige Besitzwillen hätte, wäre stets mit der größten Wahrscheinlichkeit auf Eingriffe von seiner Seite zu rechnen; die Sache könnte daher nicht als bereit zur Verwendung durch den Erwerber bezeichnet werden.

Im einzelnen sind die Voraussetzungen der Bestimmungen des § 854 Abs. 2 folgende:

I. Der Übertragende muß Besitzer sein, und zwar unmittelbarer Besitzer. Der Besitzdiener kann Besitz in der durch § 854 Abs. 2 bezeichneten Weise nicht übertragen,[1]) ebensowenig der mittelbare Besitzer. Denn § 854 Abs. 2 regelt die Übertragung der tatsächlichen Gewalt und setzt daher voraus, daß der Übertragende die tatsächliche Gewalt hat. Wie noch näher auszuführen sein wird (unten § 19), hat aber der Besitzdiener nicht die tatsächliche Gewalt, sondern er übt sie nur aus, der mittelbare Besitzer hat sie gleichfalls nicht, sondern sie wird ihm nur zugerechnet.

[1]) Strohal in JheringsJ. Bd. 38 S. 84 ff.

II. Der Erwerber muß „in der Lage sein, die Gewalt über die Sache auszuüben". Dies ist insbesondere der Fall, wenn derjenige, an den der Besitz übertragen werden soll, bereits Besitzdiener oder Mitglied des Haushalts ist, in welchem sich die fragliche Sache befindet. Will z. B. der Ehemann seiner Frau die bisher ihm gehörigen Möbel übereignen, so genügt dazu die bloße übereinstimmende Erklärung, wie sie meistens als Bestandteil eines Ehevertrages vor dem Notar abgegeben wird. Die Vornahme einer körperlichen Handlung ist nicht nötig. Denn zur Eigentumsübertragung verlangt das Gesetz (§ 929 BGB.) Einigung über den Eigentumsübergang und Besitzübergabe, und die Besitzübergabe kann sich natürlich auch in der Form des § 854 Abs. 2 vollziehen.[1]) Vorausgesetzt ist dabei aber natürlich, daß die Vertragschließenden sich nicht dem Einigungsinhalt zuwider gerieren.

Nicht in der Lage, die Gewalt über die Sache auszuüben, ist der Erwerber dann, wenn der bisherige Besitzer sich zwar nicht unmittelbar bei der Sache befindet, diese aber so untergebracht ist, daß sein Besitz unzweideutig erkennbar ist, also in allen Fällen, in denen bei gleicher Lage der Sache Besitz des bisherigen Besitzers ohne Rücksicht auf einen etwaigen Besitzwillen anzunehmen ist. Z. B. ein Buchhändler verkauft ein auf seinem Lager befindliches Werk einem Kunden, den er auf der Trambahn trifft, und einigt sich mit ihm dahin, daß Besitz und Eigentum sofort auf den Kunden übergehen sollen.[2]) Dann geht der (unmittelbare) Besitz trotzdem aus dem genannten Grund nicht über.[3])

Sowenig der Erwerber dann, wenn der bisherige Besitzer den Besitz behält, in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben, sowenig ist er es, wenn sich die Sache im unmittelbaren Besitz eines Dritten befindet;[4]) dies auch deshalb, weil hier der Übertragene mittelbarer Besitzer ist (s. oben I).

Wird die tatsächliche Gewalt durch einen Besitzdiener ausgeübt, so wird meist eine Besitzübertragung in der Form des § 854 Abs. 2 nur schwer möglich sein. Denn der Besitzdiener wird in der Regel eine bestimmte Person als Besitzherrn erkennen lassen, die dann ohne Rücksicht auf ihren Besitzwillen Besitzer ist, und daher wird der Erwerber nicht in der Lage sein, die

---

[1]) Das übersieht zuweilen die Praxis, z. B. die mir bekannte der 1. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt a. M.; vgl. auch Bartels in GruchotsBeitr. Bd. 42 S. 645.

[2]) Beispiel Strohals a. a. O. S. 88.

[3]) Strohal a. a. O.

[4]) Strohal a. a. O. S. 89.

Gewalt auszuüben.[1]) Auch wird die Tatsache der Ausübung durch den Besitzdiener meist schon an sich dazu führen, daß tatsächlich kein anderer in der Lage ist, die Gewalt auszuüben. Anders natürlich in dem von Strohal[2]) angeführten Fall, daß in dem Garten, dessen Besitz nach § 854 Abs. 2 übertragen werden soll, zur Zeit der Einigung von einer geschlossenen Gesellschaft mit Einwilligung des bisherigen Besitzers eine Theaterprobe abgehalten wird. Aber hier liegt auch gar keine Besitzdienerschaft, sondern höchstens momentane Detention vor.

Die Möglichkeit, die Gewalt über die Sache auszuüben, besteht auch dann, wenn dem Erwerber die Ausübung der Gewalt nur subjektiv erschwert ist, z. B. bei Abwesenheit oder Krankheit. Denn solche subjektiven zeitlichen Hinderungsgründe würden auch dem bisherigen Besitzer, wenn sie ihn träfen, gemäß § 856 Abs. 2 BGB. den Besitz nicht nehmen. Dasselbe gilt für alle anderen ihrer Natur nach vorübergehenden Hindernisgründe, und zwar auch, wenn sie schon im Augenblick der Einigung bestehen.

III. Weiter setzt die Besitzübertragung nach § 854 Abs. 2 die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers über den Besitzübergang voraus. Diese Einigung ist ein echter Vertrag im technischen Sinne.[3]) Denn infolge der Einigung soll die Stellung des Besitzers nicht mehr dem bisherigen Besitzer, sondern dem Erwerber zukommen, sie bezweckt also einen durch sie herbeizuführenden rechtlichen Erfolg. Auch bezeichnet das Wort Einigung im Bürgerlichen Gesetzbuch stets einen sachenrechtlichen Vertrag. Für ihren Vertragscharakter spricht schließlich der Umstand, daß nach den Ausführungen zu Anfang dieses Paragraphen eine gewisse Sicherheit bestehen muß, daß der bisherige Besitzer sich nicht mehr als Besitzer fühlt, daß also seine Erklärung bindende und deshalb rechtsgeschäftliche Wirkung haben muß. Und da dasselbe für den Erwerber gilt, so liegt ein Rechtsgeschäft vor, das durch übereinstimmende gegenseitige Willenserklärungen zweier Personen geschlossen ist, also ein Vertrag.[4])

Die Einigung muß also die gleichen Voraussetzungen erfüllen wie ein Vertrag. Beide Parteien müssen daher insbesondere geschäftsfähig sein.[5]) Bei Verbindung mit einem formbedürftigten Geschäft wirkt der Formmangel auf die Einigung

[1]) Er müßte denn selbst der Besitzdiener sein.
[2]) a. a. O. S. 81.
[3]) So Strohal a. a. O. S. 81.
[4]) s. Enneccerus, Lehrb. Bd. 1, 1 § 137 II.
[5]) Strohal a. a. O. S. 82.

zurück.[1]) Die Vorschriften über Anfechtung einer Willenserklärung wegen Irrtums, Drohung, Täuschung finden Anwendung.[2])

Kurz gestreift sei die Frage, ob die Einigung des § 854 Abs. 2 zugunsten eines Dritten erfolgen kann. Das ist m. E. für den Regelfall zu verneinen. Im allgemeinen ist nämlich, wie gezeigt, zum Besitzerwerb ein bestimmt gearteter Wille erforderlich, und gerade diese Fälle will die Vorschrift des § 854 Abs. 2 in erster Linie treffen. Deshalb ist die Ansicht Strohals,[3]) eine derartige Einigung sei möglich, zwar nicht aus prinzipiellen Gründen (etwa wegen der Natur der Verträge zugunsten Dritter), wohl aber wegen der speziellen Bedeutung des § 854 Abs. 2 unrichtig.

§ 19.

G. Besitzdienerschaft und momentane Detention.

Die Frage, wie sich die Angriffe der Besitzdienerschaft des § 855 BGB. und der momentanen Detention zu den gefundenen Gesichtspunkten verhalten und welche Bedeutung diese Begriffe haben, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht eingehend beantwortet werden. Dazu wäre eine besondere Bearbeitung notwendig. Ich kann hier nur eine kurze Skizze geben.

I. Man hat gemeint, die Bestimmung des § 855 BGB. sei eine Ausnahmevorschrift von § 854.[4]) Ich halte das nicht für richtig. § 855 soll vielmehr Zweifeln über die Begrenzung des Begriffes der tatsächlichen Gewalt vorbeugen.[5]) Sein Sinn ist der: Da man die tatsächliche Gewalt haben kann, ohne sie auch auszuüben, so kann man sie auch haben, wenn ein anderer sie ausübt, dann nämlich, wenn der andere sie nicht selbst hat. Der die Gewalt Ausübende hat aber die Gewalt nicht, wenn er in bezug auf die Ausübung nur das Werkzeug eines anderen ist. Das ist er überall dort, wo er den „auf die Sache bezüglichen Weisungen der anderen Folge zu leisten hat“ auf Grund eines sozialen Abhängigkeitsverhältnisses, sei es nach der

---

[1]) Strohal a. a. O. S. 83.

[2]) Strohal a. a. O. S. 83.

[3]) a. a. O. S. 71; ebenso Leonhard, Vertretung S. 58, der aber selbst auf die geringe praktische Bedeutung hinweist.

[4]) z. B. Leonhard Vertretung S. 63; Kipp bei Windscheid Bd. 1 S. 786; Biermann Erl. 2 zu § 855.

[5]) z. B. Wolff, Sachenrecht § 6; Planck, Erl. 1 zu § 855; Kober-Staudinger Erl. II, 1 zu § 855.

Befehlsordnung der Gesellschaft, sei es nach der des öffentlichen Rechts,[1]) mithin in Fällen, wo er weder ein eigenes Interesse an der Sache hat, noch die Verwendung derselben frei bestimmen darf. Dies wird sich praktisch darin äußern, daß nach den sozialen Anschauungen der die Gewalt Ausübende, der sogen. „Besitzdiener“,[2]) einen Eingriff des Besitzherrn in die Inhabung dulden muß, ohne ein Rückbehaltungsrecht zu haben.[3]) Daher sind Besitzdiener z. B. Arbeiter, Handwerkergesellen, aber auch Verwandte, die im Haushalt aushelfen, ferner (auf Grund eines publizistischen Abhängigkeitsverhältnisses)[4]) Beamte, Soldaten sowie auch Gefangene[5]) bezüglich derjenigen Sachen, die sie in dieser Stellung erhalten. Keine Besitzdiener, sondern selbst Besitzer sind dagegen z. B. Handlungsreisende bezüglich der Musterkoffer, Heimarbeiter, Leiter von Geschäftsfilialen;[6]) sie sind infolge der örtlichen Entfernung vom bisherigen Besitzer viel zu selbständig, ihnen ist auch ein Rückbehaltungsrecht in gewissem Umfang zuzugestehen. Die Sache ist hier für den bisherigen Besitzer nicht mehr verwendungsbereit.

II. Faßt man, wie es hier geschehen ist, § 855 nicht als Ausnahmevorschrift auf, sondern als eine die Gedanken des § 854 nur erläuternde und begrenzende Bestimmung, so wird man auch kein Bedenken tragen, durch analoge Anwendung des § 855 die Fragen der sogen. „momentanen Detention“[6]) zu lösen. Es handelt sich da um die Fälle, daß jemand sich in der Eisenbahn vom Nachbar das Kursbuch, im Theater das Opernglas leihen läßt, daß der Gast das Besteck des Wirtes benutzt (sei es im Privathaus oder im Restaurant), daß der Besucher eines Kaffeehauses die dort befindlichen Zeitungen liest, und um ähnliche Fälle. Sie alle zeichnen sich dadurch aus, daß dabei stets eine gleichzeitige Aufsicht des Besitzherrn stattfindet.[8]) Klar ist, daß diese Fälle nahe an manche streifen, die zweifellos unter § 855 fallen. Man denke z. B. an den Fall, daß ich meinen Koffer durch einen Dienstmann, und an den, daß ich ihn durch meinen Dienstboten — in beiden Fällen in meiner Gegenwart —

---

[1]) So insbes. Leonhard a. a. O. S. 63ff.; ebenso Wolff § 6 III a. a. O.

[2]) Ausdruck Bekkers in JheringsJ. Bd. 34 S. 21.

[3]) Leonhard a. a. O. S. 64.

[4]) Worauf zuerst Leonhard a. a. O. S. 64 hingewiesen hat.

[5]) Letztere nennt mit Recht Wolff a. a. O. § 6 III. Die übrigen Beispiele sämtlich von Leonhard a. a. O.

[6]) So Leonhard a. a. O. S. 77; and. A. Wolff a. a O.

[7]) Ausdruck Jherings, Besitzwille S. 517.

[8]) So Leonhard a. a. O. S. 65.

zum Bahnhof tragen lasse. Der Unterschied besteht darin, daß der momentane Inhaber nicht wie der Besitzdiener auf Grund eines sozialen Abhängigkeitsverhältnisses tätig wird, und daß er daher nicht bloßes „Werkzeug“ des Besitzherrn ist. Aber an die Stelle dieser sozialen und rechtlichen Bindung tritt bei der momentanen Detention einmal die tatsächliche Aufsicht des Besitzherrn und sodann das Bewußtsein des momentanen Detentors, die Gewalt nur für ganz kurze Zeit auszuüben. Daher sind m. E. die Grundsätze der Besitzdienerschaft auf die momentane Detention analog auszudehnen, und insbesondere ist auch den momentanen Inhabern das Verteidigungsrecht des § 859 BGB. zu gewähren. Gegen diese Auffassung wendet Leonhard[1]) ein, der Unterschied zwischen Besitzdienerschaft und momentaner Detention bestehe darin, daß der Besitzdiener zwar die tatsächliche Gewalt habe, aber nicht als Besitzer gelte, daß dagegen bei der momentanen Detention der Besitzherr und nicht der momentane Inhaber die tatsächliche Gewalt habe; daher lasse sich aus § 855 für die Fragen der momentanen Detention nichts schließen. Das ist m. E. deshalb unrichtig, weil, wie ausgeführt, auch im Fall der Besitzdienerschaft der Herr die tatsächliche Gewalt hat (und der Besitzdiener sie nur ausübt).

§ 20.

H. Fälle des Besitzes ohne tatsächliche Gewalt.

Während im Regelfall die tatsächliche Gewalt Voraussetzung des Besitzes ist, gibt es zwei Fälle, wo das nicht der Fall ist, wo also Besitz ohne tatsächliche Gewalt existiert. Es sind dies die Fälle des mittelbaren Besitzes und des Erbenbesitzes.

I. M. E. hat der mittelbare Besitzer keine tatsächliche Gewalt, sondern ihm wird nur die tatsächliche Gewalt des unmittelbaren Besitzers zugerechnet. Der unmittelbare Besitzer ist der Vertreter des mittelbaren in bezug auf das Haben der tatsächlichen Gewalt (der Besitzdiener in bezug auf die Ausübung). Dem widerspricht nicht, daß der unmittelbare Besitzer an derselben Sache zugleich für ihn persönlich wirkende tatsächliche Gewalt hat. Vielmehr erklärt sich dies einfach daraus, daß der Besitztatbestand sich in der Hauptsache aus Elementen tatsächlicher (nichtrechtlicher) Natur zusammensetzt. Daß in Wahrheit der mittelbare Besitzer nicht die tatsächliche Gewalt hat, das ergibt sich m. E. klar daraus, daß der mittelbare Besitz

[1]) a. a. O. S. 65.

strafrechtlich (zur Beurteilung der Frage, ob Diebstahl und ob Unterschlagung vorliegt) irrelevant ist, was niemand bestreitet.[1]) Wenn das Strafrecht aber den Besitz in gewissem Umfang schützt, so soll damit zweifellos das tatsächliche Haben, die tatsächliche Gewalt geschützt, d. h. dafür gesorgt werden, daß auch die tatsächliche Ordnung der Dinge möglichst wenig gestört werde. Wäre der mittelbare Besitz tatsächlich Gewalt, so müßte er ebenso geschützt werden wie der unmittelbare. Die Richtigkeit dieses Gedankengangs ergibt sich auch daraus, daß die Besitzdienerschaft sehr wohl strafrechtliche Bedeutung hat: die Köchin, die sich Geschirr aneignet, begeht nicht Unterschlagung, sondern Diebstahl.

Daraus, daß der Gedanke des mittelbaren Besitzes deutschrechtlichen Ursprungs ist, und daß der mittelbare Besitz sich aus der lediglichen Gewere entwickelt hat, läßt sich m. E. für die hier zu entscheidende Frage nichts schließen. Denn die Entwicklung der Gewere hat gerade immer mehr dazu geführt, sie von dem Gedanken der sichtbar tatsächlichen Herrschaft zu lösen.[2]) Und gerade die ledigliche Gewere ist ein Beispiel dafür, daß der Gedanke der tatsächlichen Herrschaft immer mehr in den Hintergrund trat, und daß man ein gewisses geistiges Band als völlig hinreichend für die Existenz der Gewere ansah. Auch kannte die Gewere ja nicht unseren typischen Besitzschutz, der erst die tatsächliche Gewalt zu einem so wesentlichen Begriffsmerkmal des Besitzes gemacht hat.[3])

Man hat den mittelbaren Besitz als tatsächliches Machtverhältnis,[4]) als „vergeistigte Sachherrschaft“ [5]) bezeichnet. Diese Bezeichnung ist nicht zu beanstanden, wenn man sich dabei bewußt bleibt, daß zwischen dieser vergeistigten Sachherrschaft und der tatsächlichen Gewalt im Sinne der §§ 854 ff. wesentliche Unterschiede bestehen. Man kann hier von einem Zustand der Verwendungsbereitschaft nicht mehr reden. Vielmehr äußert sich diese vergeistigte Sachherrschaft wesentlich nur in der Beachtung durch Dritte. Viel gewonnen ist allerdings durch diese Bezeichnung nicht. Insbesondere lassen sich dadurch m. E. keine Schlüsse für die rechtliche Behandlung des mittelbaren Besitzers ziehen. Daß dieser dem unmittelbaren Besitzer durchaus gleichzustellen ist, ergeben die positiven Worte des Gesetzes (§ 868 BGB.: „auch Besitzer“). Aus dieser positiven Vorschrift

---

[1]) vgl. Frank Erl. IV zu § 242 StGB.; RGSt. Bd. 67 S. 202.
[2]) vgl. oben § 11.
[3]) Gierke, Fahrnisbesitz S. 2.
[4]) Gierke a. a. O. S. 7; Leonhard a. a. O. S. 70/71.
[5]) Heymann S. 154; Wolff, Sachenrecht § 8.

lassen sich aber keine Schlüsse auf das Wesen des mittelbaren Besitzes ziehen.

Wann im einzelnen mittelbarer Besitz vorliegt und nicht vorliegt, ist im Rahmen dieser Arbeit nicht zu erörtern.

II. Schließlich bleibt noch die Frage zu untersuchen, worin die tatsächliche Gewalt beim Besitz des Erben nach § 857 BGB. besteht. Man hat gesagt, § 857 sei nicht wörtlich zu nehmen; in Wahrheit gehe der Besitz nicht auf den Erben über, gemeint sei vielmehr nur, daß die für den Besitz und den Besitzer einer Sache geltenden Vorschriften auf den mit dem Tod des Besitzers eintretenden Zustand und den Erben des Besitzers entsprechend angewandt werden sollten.[1]) Diese Ansicht ist richtig. Es liegt also hier kein wahrer, sondern nur fiktiver Besitz[2]) vor, d. h. ein Verhältnis, bei dem die rechtlichen Besitzfolgen eintreten, ohne daß irgendwelche tatsächliche Gewalt gegeben zu sein braucht. Es ist nicht zu leugnen, daß diese Auslegung gegenüber dem klaren Gesetzestext etwas Gezwungenes hat. Aus der in § 18 dieser Arbeit bekämpften Ansicht Bekkers — Besitz nur die Rechtsfolge einmal erlangter tatsächlicher Gewalt — ließe sich § 857 ohne die Hilfe einer Fiktion leicht verstehen; daher läßt sich diese Vorschrift auch umgekehrt gut als Argument für Bekker verwerten. Heymann[3]) hat nun versucht, § 857 zu erklären, ohne die Bekkersche Theorie anzunehmen und ohne eine Fiktion zu Hilfe zu nehmen. Er führt aus: Zweifellos genieße der nach § 857 auf den Erben übergegangene Besitz Besitzschutz. Nun könne zwar ein vernünftiges Recht die Publizitätswirkungen des Besitzes von der tatsächlichen Gewalt lösen, die Besitzklagen dagegen hätten nur einen Sinn als — provisorische — Sicherung eines andauernden tatsächlichen Zustandes;[4]) denn Schutz habe nur dort Sinn, wo es etwas zu schützen gebe, wo also etwas gestört werden könne; Besitzschutz bei bloß formalem, bloß fiktivem Besitz sei eine „begriffliche Unmöglichkeit".[5]) Daher müsse der Besitz des Erben realer Besitz — „tatsächliche Gewalt" — sein; er sei es auch, wenngleich in verfeinerter, nicht ohne weiteres erkennbarer, sublimierter Form. Diese Ansicht Heymanns ist m. E. nicht zutreffend. Richtig ist, wie schon unter I erwähnt wurde, daß der Besitzschutz bei bloß fiktivem Besitz innerlich un-

---

[1]) Planck Erl. 2 zu § 857; ähnlich Leonhard, Erbrecht (Berlin 1912), Erl. II A 3 zu § 1922; Rohde Abschn. 1 S. 33.

[2]) Im Sinne Heymanns, Traditionspapiere S. 154.

[3]) a. a. O.

[4]) Dementsprechend fehle der Gewere der Besitzschutz.

[5]) a. a. O. S. 156.

gerechtfertigt ist.[1]) Es ist aber wohl möglich, daß das Gesetz einen innerlich nicht gerechtfertigten Schutz gewährt. Bei näherer Betrachtung zeigt sich, daß die Wirkungen des Erbenbesitzes hinter denen des wirklichen Besitzes wesentlich zurückbleiben. Nach § 2025 BGB. haftet zwar der Erbschaftsbesitzer, der einen Erbschaftsgegenstand durch verbotene Eigenmacht erlangt hat, nach Deliktsgrundsätzen, für den gutgläubigen Erbschaftsbesitzer gilt das aber nur, „wenn der Erbe den Besitz tatsächlich ergriffen hatte“ (§ 2025 Satz 2), also nicht dann, wenn der Erbe Besitzer nur kraft Erbgangs gemäß § 857 BGB. geworden ist, sondern nur, wenn er auch ohne Rücksicht auf diese Vorschrift Besitzer geworden wäre. Mithin äußert der „Besitz“ des § 857 gerade da keine Wirkung, wo er dem Erben am häufigsten wertvoll wäre: beim Konflikt mit dem Erbgegner.[2]) Nun handelt es sich bei der Vorschrift des § 2025 allerdings nicht um eine Frage des Besitzschutzes im eigentlichen Sinn. Aber § 2025 will die Folge verbotener Eigenmacht gegen den Erben in dem praktisch wesentlichsten Punkt (in bezug auf entstehende Schadensersatzpflicht) regeln; der Erbe soll verschieden geschützt werden, je nachdem, ob er den Besitz schon tatsächlich ergriffen hat oder nicht. Demnach ist die Wirkung dieses fiktiven Besitzes eine erheblich schwächere. Und in der Tat ist das tatsächliche Verhältnis des Erben zu der Sache, das den alleinigen Grund für den Schutz abgibt, nach der „Ergreifung“ ein anderes als vorher. Nach der Ergreifung ist es zweifellos tatsächliche Gewalt. Vorher könnte der Erbe allenfalls eine stark geminderte tatsächliche Gewalt haben. Dafür aber, daß das Gesetz unter demselben Ausdruck zwei wesentlich verschiedene Arten der tatsächlichen Gewalt hätte verstehen wollen, fehlt jeder Anhalt. Will man beides tatsächliche Gewalt nennen, so hat man höchstens ein gemeinsames Wort, keinen gemeinsamen Begriff. Es hat daher praktisch keinen Wert, den Ausdruck für beides zu gebrauchen. Richtig ist es vielmehr, dem Erbenbesitz des § 857 BGB. das Element der tatsächlichen Gewalt überhaupt abzusprechen und ihn als einen bloß fiktiven und schwächeren Besitz zu bezeichnen.

---

[1]) Das erkennt auch ein so energischer Vertreter der fiktiven Natur des Erbenbesitzes wie Rohde (a. a. O. S. 55) an.

[2]) Leonhard, Erbrecht Erl. V zu § 2025, II A 3 zu § 1922.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

Lebenslauf.

Ich bin am 25. Oktober 1889 in Frankfurt a. M. geboren. Meine Eltern sind der verstorbene Kaufmann Alfred Ganz und seine Frau Martha geb. Ganz. Ich bin jüdisch. Bis Ostern 1908 besuchte ich das Goethe-Gymnasium in Frankfurt a. M. Sodann studierte ich 6 Semester Rechtswissenschaft an den Universitäten Freiburg i. B., Leipzig, Berlin und Marburg a. L. Am 20. Mai 1911 bestand ich vor der Kgl. Prüfungskommission in Kassel das Referendarexamen. Seit dem 2. Juni 1911 bin ich als Referendar im Oberlandesgerichtsbezirk Frankfurt a. M. — zurzeit am Amtsgericht daselbst — beschäftigt. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 3. März 1914.